Die Überschreitung der Notwehr im geltenden und geplanten deutschen Strafrecht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau.

Vorgelegt von
Johannes Scholz
Referendar in Breslau.

Breslau 1928.

Druck von Oscar Heinze, Buchdruckerei und Verlagsanstalt,
Liegnitz, Ritterstraße 24.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. Gretener.

Literaturverzeichnis

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, begründet von Hugo Meyer, Leipzig. 1922.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Krit. Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, auf Veranlassung der deutschen Landesgruppe der internationalen krim. Vereinigung herausgegeben v. A.-K., Berlin, 1926. zit.: Reform 26.

Aschrott-von Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Krit. Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs. Berlin, 1910. Zit.: Aschrott-Liszt.

Ballin, Notwehrexzeß und Putativnotwehr. Diss. Erlangen. 1902.

Baumgarten, Notstand und Notwehr. Tübingen. 1911.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 8./9. Aufl. Tübingen. 1925.

Beling, Der Amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs. in G.S. 91, 348 ff.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allg. Teil. 8. Aufl. Leipzig. 1913.

Binding, Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. Leipzig. 1885.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 2. Bd. Leipzig. 1914.

von Buri, Zu § 53 StGB. G.S., 27, 117 ff.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle. 1905.

Graf zu Dohna, Die legislative Behandlung von Notwehr und Notstand. in Z.St.W., Bd. 33, S. 125 ff.

Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit und Schuld nach der Reichstagsvorlage. in Lpz. Ztschr. 1927.

Endemann, Zivilkurage und Strafrecht. Berlin. 1925.

Frhr. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Jena. 1905.

Frank, Das Str.G.B. für das Dtsch. Reich nebst dem Einführungsgesetz. herausg. u. erläut. 17. Aufl. 1926.

Frank, Strafausschließungs- u. Milderungsgründe. In Aschrott-Liszt. I, S. 226 ff.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin. 1922.

Gerland, Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919. Tübingen. 1921.

Gerland, Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. Kritische Bemerkungen. Berlin. 1925.

Geyer, Die Lehre von der Notwehr. Jena. 1857.

Gretener, Der Entwurf eines schweizerischen StrGB. in G.S., 87, 29 ff.

Gretener, Das Strafgesetzbuch für Rußland vom Jahre 1903. in G.S. 67, S. 1 ff.

Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin. 1926.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn. 1881.

Heimberger, Notwehr und Notstand in Reform. 1926.

Heimberger, Die Notwehr im Strafgesetzentwurf von 1927, in DJZ. 1927, Sp. 1378 ff.

Heberlein, Exzeß der Notwehr. Diss. Bern. 1895.

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. ZStW., 36, 19 ff.

von Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I. Berlin. 1925.

von Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, in ZStW., 47, 18 ff.

Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft. in Monatsschr. f. Krim.-Psych. 7. Jhrg. S. 257 ff.

Kitzinger, Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs. in ZStW., 31, 204 ff.

Kitzinger, Gerechtigkeit und Technik im Entwurf zum StGB. in ZStW., 47, 533 ff.

Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. Berlin. 1912.

Levita, Das Recht der Notwehr. Gießen. 1856.

von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des dtsch. Strafrechts. 24. Aufl. Berlin. 1922. 25. Aufl. 1927.

von Liszt-Delaquis-Kohlrausch, StrGB. für das Dtsch. Reich mit Nebengesetzen. Textausgabe mit Anmerkungen. Berlin. 1922.

Lobe, im Leipziger Kommentar. Das R.Str.G.B., erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg.

Löffler, Unrecht und Notwehr. in ZStW., 21, 537 ff.

Mayer, Max Ernst, Der allgemeine Teil des dtsch. Strafrechts. 2. Aufl. 1923.

Mittermaier, Über Wesen und Maß der Schuld nach dem Strafgesetzbuch-Entwurf 1925. in Monatsschr. f. Krim.Psych. 1926, S. 339 ff.

Mezger, Strafrechtsreform. Literaturbericht in ZStW., 47, 478.

Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente. in G.S., 89, 207.

Oetker, Notwehr und Notstand. in Vergl. Darstellg. Allg. Teil. Bd. II. Berlin. 1908 (Zit.: Oetker, V.D., A. II).

Oetker, Notwehr und Notstand nach dem Tschechoslowakischen Entwurf. in G.S., 92, 175 ff.

Olshausen, Kommentar zum R.Str.G.B. 10. Aufl. Berlin. 1916.

Olshausen, Kommentar zum R.Str.G.B. 11. Aufl. Berlin. 1927.

Oppenhoff-Delius, Das StrGB. für das Dtsch. Reich. 14. Aufl. Berlin. 1901.

Schmidt, Richard, Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig. 1925.

Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach dem BGB. für das Dtsch. Reich. Festrede. Würzburg. 1899.

Schwartz, Ernst, Das StrGB. für das Dtsch. Reich. Berlin. 1914.

Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Bern. 1896.

Sommerlad, Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Schutzwehrvorrichtungen. in G.S. 39, 359.

Stienen, Über Schuld und Strafgesetz. in Monatsschr. f. Krim.-Psych. 1927, S. 337 ff.

Traeger, Zu den Entwürfen zu einem deutschen StrGB. in ZStW. 42, S. 721 und 43, S. 117 ff.

Traeger, Die strafbare Handlung. in G.S., 92, 289 ff.

Wachenfeld, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. München. 1914.

Zeitschriften.

Deutsche Juristenzeitung.
Der Gerichtssaal.
Goltdammers Archiv.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.

Gliederung

Einleitung.

Abgrenzung der Aufgabe

Im geltenden Deutschen Strafrecht ist die Notwehr definiert als diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Es sind sonach vier Bedingungen, unter denen eine sonst rechtswidrige Tat rechtmäßig ist, weil sie eine Notwehrhandlung darstellt. Es muß ein Angriff vorgelegen haben, dieser Angriff muß rechtswidrig gewesen sein. Der Notwehr-übende muß sich auf die Verteidigung seiner selbst oder eines anderen beschränkt haben. Er muß schließlich bei der Wahl der Verteidigungsmittel das zur Abwehr erforderliche Maß eingehalten haben. Aus dieser Definition der Notwehr muß der Begriff der Notwehr-überschreitung gewonnen werden,[1]) da das geltende Recht und auch das geplante Recht zwar bestimmt, daß der Notwehr-Exzeß in gewissen Fällen straflos bleibt, auf eine Begriffsbestimmung der Notwehr-überschreitung aber verzichtet. Von der überschreitung eines Rechts — die Notwehr ist nach heute unbestrittener Auffassung ein Recht der Einzelpersönlichkeit — kann nun immer dann gesprochen werden, wenn die Voraussetzungen des Rechts gegeben, seine Grenzen aber nicht eingehalten sind.

Die oben bezeichneten vier Begriffsmerkmale der Notwehr müssen also in Voraussetzungen und Grenzen dieses Rechts geschieden werden. Schon aus dem Wesen der Notwehr, die kurz als Reaktion des Rechts gegen angreifendes Unrecht bezeichnet werden kann, ergibt sich, daß die Begriffsmerkmale des Angriffs und der Rechtswidrigkeit dieses Angriffs zu den Voraussetzungen des Notwehrrechts zu zählen sind. Das ist ganz allgemein anerkannt. Alle

[1]) Hafter, S. 149.

Streitfragen, die sich an diese Begriffsmerkmale knüpfen, z. B. die Frage, ob auch in einem Unterlassen ein Angriff bestehen kann, oder etwa das Problem, ob zur Rechtswidrigkeit eines Angriffs im Sinne des § 53 Abs. 3 StGB. ein schuldhaftes Handeln oder doch wenigstens eine menschliche Handlung gefordert werden muß, oder ob auch der Angriff eines Tieres zur Notwehr berechtigt, fallen ganz aus dem Rahmen der vorliegenden Untersuchung. Nur die Grenzen des Notwehrrechts sollen aufgezeigt werden.

Die heut herrschende Meinung rechnet freilich auch das Merkmal der Gegenwärtigkeit des Angriffs zu den Voraussetzungen des Notwehrrechts. Sie wird dazu offenbar von der Fassung des Gesetzes bestimmt. Allein, was das Gesetz mit dem Wort „gegenwärtig" sagt, ist bereits im Ausdruck „Verteidigung" enthalten; denn von Verteidigung kann nur solange gesprochen werden, als ein Angriff vorliegt.[1]) Die herrschende Meinung, die lediglich die Überschreitung des erforderlichen Maßes der Verteidigungshandlung zum Notwehr-Exzeß rechnet, hat deshalb nicht unbeachtlichen Widerspruch gefunden.[2]) Es muß infolgedessen der späteren Untersuchung vorbehalten bleiben, ob es nicht blos einen Exzeß im Maße, sondern auch einen Exzeß der Zeit nach gibt.

---

[1]) Vgl. des Näheren unten S. 32 ff.

[2]) Vgl. Hälschner Dtsch. Strafr., S. 481 und 482 Nr. 1; Heberlein, S. 30/31; Hafter, aaO., S. 141; M. E. Mayer aaO., S. 282.

I. Teil

Der Begriff der Notwehrüberschreitung

1. Die Grenzen des Notwehrrechts im Besonderen.

a. Das erforderliche Maß der Verteidigung.

aa. Der Maßstab.

In Rechtsprechung und Literatur besteht insofern Einigkeit, als ein Hinausgehen über das erforderliche Maß bei der Abwehr ganz allgemein als überschreitung der Notwehrgrenzen, also als Notwehrexzeß angesehen wird (intensiver Exzeß). Wo aber diese Grenze im einzelnen verläuft, ist umstritten. Sogar die Frage, ob ein subjektiver oder objektiver Maßstab bei der Prüfung der Erforderlichkeit einer Verteidigungshandlung angewandt werden muß, wird nicht einheitlich beantwortet. Sie bedarf, da es sich hier um eine methodische Frage handelt, zuerst der Erörterung. Es fragt sich also, ob der Richter sich in den Zustand des Angegriffenen zurückversetzen muß, wenn er beurteilen will, ob eine Abwehrhandlung das Maß des Erforderlichen eingehalten hat. Er müßte dann prüfen, ob der Notwehrübende nach allem, was ihm zur Zeit der Tat bekannt war, seine Abwehrhandlung für erforderlich halten durfte. Er müßte die Verteidigung so weit als eine erforderliche betrachten, „als der Angegriffene bei Schätzung der Gefahr den überlegten Mann nicht verleugnet hat".[1]) Diese von Binding, Schwartz, Heberlein und mehreren anderen Autoren vertretene Ansicht steht mit der heute herrschenden Meinung, die einen objektiven Maßstab anlegen will und die Auffassung des Angegriffenen bezw. des Nothelfers von der Stärke des Angriffs für gleichgültig erklärt, im Widerspruch. Sie stützt sich auf folgende Erwägung: Die tatsächliche Heftigkeit des Angriffs ist für den Bedrängten vielfach

---

[1]) Binding, Handb., S. 750/51; ähnlich Schwartz, aaO., Anm. 3a zu § 53; Heberelein, und die bei Binding, aaO., Anm. 65 zitierten Grolmann und Schröter. Oetker, S. 280.

unmeßbar, zumal gewöhnlich infolge der Plötzlichkeit des Angriffs ein rascher Entschluß nötig sein wird. Oft wird auch der Angreifer den Bedrängten über die Heftigkeit seines Angriffs täuschen. Jedes Zögern kann aber eventuell für den Angegriffenen gefährlich sein. Auch wird der Richter ohnehin geneigt sein, „von seiner gesicherten Stellung aus in ruhiger Abwägung aller Eventualitäten den Angegriffenen als weniger bedroht anzusehen, als dieser in Wirklichkeit war oder zu sein glauben konnte.“[1]) Schließlich weist Schwarz[1]) noch darauf hin, daß die von ihm bekämpfte Ansicht im Widerspruch zu § 53 Abs. 3 StGB. stehe, „da die subjektive Auffassung des Täters durch Bestürzung, Furcht oder Schrecken, welche ja subjektive Zustände sind, beeinflußt sein kann“.

Es muß zugegeben werden, daß diese Erwägungen zum großen Teil richtig sind. Allein sie rechtfertigen nicht den daraus gezogenen Schluß. Zunächst steht ein praktisches Bedenken der Ansicht, die das Maß des Erforderlichen nach der Auffassung des Angegriffenen bestimmen will, — sie sei im Folgenden die subjektive Theorie im Gegensatz zur objektiven Theorie genannt, — entgegen. Man nehme etwa folgenden Fall: Der Angriffene glaubte, er sei dem Angrifer an Körperkraft überlegen und wußte nicht, daß der Angreifer Waffen bei sich trug. Er verteidigte sich mit einer Energie, die nach der von ihm vorgestellten Sachlage nicht erforderlich war. In Wirklichkeit war aber der Angreifer bewaffnet und die Gefahr für den Verteidiger viel größer, als er selbst annahm. Dennoch hätte der Verteidiger, sollte das Maß des Erforderlichen allein nach seiner Auffassung bestimmt werden, die Grenzen der Notwehr überschritten. Eine solche Entscheidung wäre in hohem Maße unbillig. Das Reichsgericht[2]) und das Reichsmilitärgericht[3]) haben auch angenommen, daß der Verteidiger rechtmäßig gehandelt hat.

Nun umgeht zwar Binding[4]) diese Konsequenz, indem er das Maß der Notwehr nach der objektiven Größe der Gefahr bestimmt, wenn der Angreifer sie unterschätzt hat, und es nach der berechtigten Schätzung des Angegriffenen bemißt, sofern dieser die objektive Gefahr überschätzt hat. Schon das

---

[1]) Schwartz, aaO., Anm. 3a zu § 53.
[2]) RGZ. 84, 306.
[3]) RMG. 17, 58.
[4]) Binding, aaO., S. 751; ebenso Schwartz aaO., Anm. 3a zu § 53.

Fehlen eines einheitlichen Prinzips für die Bestimmung des erforderlichen Maßes der Notwehr erscheint als ein Mangel dieser Lehrmeinung. Allein er wäre leicht in Kauf zu nehmen, wenn damit alle praktischen Unzuträglichkeiten gehoben wären und tiefere methodische Bedenken nicht bestünden.

Wie verhält es sich aber mit der Strafbarkeit des Teilnehmers etwa im folgenden Falle: Der Angegriffene überschätzte die Gefahr. Seine Schätzung war von seinem Standpunkt aus berechtigt. Ein Dritter wußte aber, daß der Angegriffene die Gefahr überschätzte. Trotzdem nahm er an der Verteidigungshandlung, die über das objektiv erforderliche Maß hinausging, teil. Der Angegriffene hätte nach der subjektiven Theorie rechtmäßig gehandelt und damit entfällt auch die Strafbarkeit des Teilnehmers, da es an der Strafbarkeit der Haupttat mangelt. Auch mittelbare Täterschaft kommt für den Nothelfer nicht in Frage, da ja der fraglichen Handlung ihre Rechtswidrigkeit fehlte. Wiederum also ein Ergebnis, das nicht unbedenklich erscheint.

Vor allem aber ist es aus einem methodischen Grunde unzulässig, das Maß des Erforderlichen von der Auffassung des Angegriffenen — mag sie auch begründet sein — abhängig zu machen, also ein subjektives Moment zu verwerten. Es ist heute unbestritten, daß die Notwehr ein Rechtfertigungsgrund ist. Eine sonst verbotene Handlung ist also rechtmäßig, wenn sie allen Erfordernissen der Notwehr genügt. Die Frage, ob der Täter das zur Verteidigung erforderliche Maß eingehalten hat, ist also eine Frage nach der objektiven Rechtmäßigkeit der Handlung, nicht nach der Zurechenbarkeit.[1]) Daher ist die Vorstellung des Angegriffenen gleichgültig. Das ergibt sich aus folgender Erwägung. Der Zweck der Rechtsordnung ist es, die Lebensinteressen der Rechtsgenossen zu schützen und, wenn diese Interessen, wie stets im Falle der Notwehr, kollidieren, eine Auswahl zu treffen und dem Gute des einen das des andern zu opfern. Dabei sind naturgemäß nur die in Wirklichkeit, nicht die in der Vorstellung eines Rechtsgenossen sich gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Es muß also ein objektiver Maßstab bei der Auswahl der kollidierenden Rechtsgüter angelegt werden.

---

[1]) Darauf hat M. E. Mayer, aaO., S. 280, hingewiesen. Er hat damit den m. E. nach entscheidenden Gesichtspunkt für die Begründung seiner objektiven Ansicht angeführt.

Wenn nun das Gesetz die Güter des Angreifers insoweit den Interessen des Angegriffenen opfert, als dies zur Abwehr erforderlich ist, so nimmt es eine solche Wertung kollidierender Lebensgüter vor. Wenn das Gesetz also nichts anderes sagt, muß ein objektiver Maßstab dabei angelegt werden.[1])

Und das Gesetz enthält keine Bestimmung, die die Anlegung eines solchen Maßstabes verbietet. Wenn Schwartz[2]) aus der Vorschrift des § 53 Abs. 3 etwas anderes folgert, so ist das unrichtig. Auch Schwartz behauptet nicht, daß durch die subjektiven Einflüsse der Furcht, der Bestürzung oder des Schreckens die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen werde. Die Rechtswidrigkeit des Notwehrexzesses bleibt auch nach seiner Ansicht bestehen, wenn auch der Täter gemäß § 53 Abs. 3 straflos ist. Die Gemütsbewegungen der Bestürzung usw. haben also gerade keinen Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der Handlung. Die Erwägung, daß ein Notwehrexzeß, wenn er in einem der genannten Affekte begangen ist, straffrei bleibt, obwohl er rechtswidrig ist, hätte Schwartz gerade dazu führen müssen, bei der Beantwortung der Frage, welches das erforderliche Maß der Verteidigung ist, alle subjektiven Momente auszuschalten.

Die hier vertretene objektive Theorie führt durchaus nicht, wie es zunächst den Anschein hat, zu unbilligen Ergebnissen. Gewiß wird es dem Angegriffenen oft gefährlich oder gar unmöglich sein, zu erwägen, welches Maß der Verteidigung im Augenblick erforderlich ist. Dann wird es aber regelmäßig an der Zurechenbarkeit fehlen, der Täter wird straffrei bleiben müssen, weil ihm der Vorwurf schuldhaften Handelns nicht gemacht werden kann. Objektiv sind also alle konkreten Umstände, die für die Energie der Verteidigung erheblich sind, zu prüfen, um das zulässige Maß der Abwehr festzustellen.

Was für das geltende Recht gesagt ist, gilt in diesem Punkte auch für die Strafgesetzentwürfe. Die Ausführungen, die die objektive Theorie mit dem Hinweis darauf begründeten, daß die objektive Rechtmäßigkeit, und nicht die Zurechenbarkeit, bei der Beurteilung, ob eine Verteidigungshandlung maßvoll sei, in Frage stehe, sind allgemeiner

[1]) Vgl. v. Liszt-Schmidt, 1927, S. 188, Nr. 13: Wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich subjektive Elemente bei der Ausprägung einzelner Rechtfertigungsgründe braucht, können nur objektive Momente entscheiden.

[2]) Schwartz, aaO., Anm. 3a und Anm. 4 Abs. 5.

Natur und solange zutreffend, als die Notwehr ein Rechtfertigungsgrund ist. Für den Entwurf von 1925 kann das kaum bezweifelt werden. Er läßt ebenso wie die Schweizer Entwürfe von 1893, 1916 und 1918 eine „den Umständen angemessene Verteidigung" zu. Also nicht, was dem Angegriffenen als angemessen erschien, sondern was nach den gegebenen Umständen objektiv angemessen war, ist entscheidend. Ebensowenig verwendet der Entwurf von 1927 bei seiner Notwehrdefinition irgendwelche subjektiven Momente. Er bestimmt in § 24 Abs. 1 S. 2: „In Notwehr handelt, wer sich oder einen anderen gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff verteidigt, soweit die Verteidigung erforderlich ist, um den Angriff abzuwenden, und der von der Verteidigung zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden steht."

bb. Die Subsidiarität der Notwehr.

Welche konkreten Umstände sind nun bei der Bestimmung des zulässigen Maßes einer Verteidigung erheblich? Das ist die gegenwärtig wohl am heißesten umstrittene Frage aus der Lehre der Notwehr. Dieser Streit beginnt schon beim Problem der Subsidiarität der Notwehr. Überschreitet der Notwehr übende stets das zulässige Maß der Verteidigung, wenn er Rechtsgüter des Angreifers verletzt, obgleich er sich dem Angriff durch Flucht entziehen oder staatliche Hilfe anrufen konnte? Die bei weitem überwiegende Mehrheit der Schriftsteller[1]) verneint diese Frage. Unter den neueren Autoren sind es nur Beling[2]), van

---

[1]) Gerland, RStrR., S. 114; Allfeld, S. 128; Oetker, V. D., A. T., S. 281; Wachenfeld, S. 119; von Liszt-Schmidt, 1927, S. 187; Binding, Handb., I, S. 732, Finger, Lehrb., I, S. 390; M. E. Mayer, Lehrb., S. 280; Schollmeyer, S. 4; Frank, Anm. II zu § 53; Lobe, Lpz. Komm., Anm. 5 c zu § 53; Schwartz, Anm. 3 a zu § 53; Olshausen, Nr. 2 zu § 53. In der neuen Auflage des Olshausenschen Kom. wird diese Ansicht jedoch eingeschränkt. Es soll danach der Rechtsgrundsatz, der dem Mißbrauch des Rechts entgegentritt und für das bürgerl. Recht in dem Abschnitt des BGB. über die Ausübung der Rechte Anerkennung gefunden hat, auch im Strafrecht durchgreifen. Praktisch kommt damit die neue Auflage von Olsh. Kom. zu den gleichen Ergebnissen wie die hier vertretene Ansicht, aber der Umweg über die entsprechende Anwendung bürgerlichrechtlicher Normen ist nach den Ausführungen im Texte überflüssig. Die auch von Olshausen neuerdings geteilte richtige Ansicht ergibt sich aus der Vorschrift des § 53 Abs. 2 von selbst.

[2]) Beling, Grundzüge, S. 36.

Calker[1]) und Oppenhoff-Delius[2]) und wohl auch Lobe[3]), die der herrschenden Ansicht widersprechen. Aber auch in der Praxis hat sie nicht volle Anerkennung gefunden. Das Reichsgericht hat in einer in RGStr. Bd. 16, S. 69 abgedruckten Entscheidung ausgesprochen, daß unter besonderen Umständen das zulässige Maß der Selbstverteidigung in einem den rechtswidrigen Angriff ohne weiteres beendenden Ausweichen liegen kann. Voraussetzung ist dabei, daß dadurch kein Rechtsgut aufgegeben wird. An dieser Entscheidung hat das Reichsgericht ständig festgehalten.[4]) Ebenso verlangt es, daß der Angegriffene unter Umständen die Hilfsbereitschaft Dritter, also auch staatlicher Organe bei der Abwehr berücksichtigt, z. B. dann, wenn Sicherheitsbeamte, die vermöge ihres Amts zum Eingreifen verpflichtet sind, sofortige Hilfe gewähren können, oder wenn ein Begleiter des Angegriffenen sich bereits zur Hilfeleistung gerüstet und der Angegriffene keinen Grund hat, diese Hilfe abzulehnen.[5])

Diese Ansicht des Reichsgerichts verdient Billigung. Die herrschende Theorie stützt sich vor allen Dingen auf eine grammatische Interpretation des Gesetzes.[6]) Wenn man nämlich die im Abs. 2 des § 53 gegebene Begriffsbestimmung der Notwehr für dieses Wort im ersten Absatz der Vorschrift einsetzt, so ergibt sich folgender Satz: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden, geboten war. Daraus folgert Ols-

---

[1]) van Calker, Grundriß, S. 25.

[2]) Oppenhoff-Delius, Anm. 2 zu § 53 und ähnlich, aber nur de lege ferenda, von Hippel in ZStW. 42, S. 417.

[3]) Lobe, Lpz. K. § 53 Abs. 1.

[4]) RG. Rechtspr. 9, 471; G. A., 46, 31; 48, 304; J. W. 36, 348 ZStW., 47, 523.

[5]) RG. i. Recht, 9, 139; J. W., 35, 487. Ebenso neuerdings OLG. Hamburg in J. W., 1927, S. 2236: Bei dem Volksentscheid über die Enteignung der Fürstenvermögen verteilte jemand am Eingange zu einem Abstimmungslokal irreführende Schriften. Die Angeklagten versuchten, ihm diese Zettel mit Gewalt zu entreißen, obgleich ein Polizeibeamter in unmittelbarer Nähe stand. Das OLG. führt dazu aus, die Angeklagten hätten zunächst ein Eingreifen der Polizei veranlassen müssen. Nur wenn diese ein Einschreiten abgelehnt hätte, hätten sie eigenmächtig die Zettel dem Verteilenden entreißen dürfen, zumal eine Gefahr, daß noch mehr Abstimmungsteilnehmer getäuscht würden, ohne jede Gewaltanwendung zu vermeiden gewesen sei.

[6]) Olshausen, § 53 Nr. 2; ähnlich Frank, § 53, Anm. II.

hausen, „daß nur das entscheidend ist, ob die Handlung oder Unterlassung durch die näher gekennzeichnete Verteidigung geboten war, während die Anwendung des § 53 nicht dadurch bedingt ist, daß die Verteidigung selbst behufs Abwendung des Angriffs erforderlich war, und nicht etwa ein anderes Mittel, wie namentlich die Flucht oder Anrufung der Obrigkeit, zur Erreichung des gleichen Zweckes freistand." Die Verteidigung selbst ist also nach dieser Meinung stets erlaubt. Ob aber eine bestimmte Handlung oder Unterlassung das richtige Mittel zur Verteidigung ist, bleibt zu prüfen. Die Verteidigung wird damit selbst zum Zweck erhoben. In Wahrheit ist doch aber der Zweck der Notwehrhandlung die Behauptung des Rechts gegenüber dem Unrecht. Die eigenmächtige Verteidigung wird vom Gesetze als das richtige Mittel zur Erreichung des erlaubten Zweckes angesehen, wenn sie zur Abwendung des Angriffs erforderlich ist. Das ist aber gerade die hier zur Erörterung stehende Frage: Ist eine Verletzung der Rechtsgüter des Angreifers auch dann das richtige Mittel zur Rechtsbehauptung, also zur Abwendung des Angriffs erforderlich, wenn der Angegriffene die drohende Schädigung seiner Rechtsgüter dadurch vermeiden kann, daß er dem Angriff ausweicht oder fremde Hilfe annimmt? „Abwendung des Angriffs" heißt doch Vermeidung der durch den Angriff drohenden Rechtsgüterverletzung. Die Unversehrtheit des Rechtes des Angegriffenen ist also der durch die Verteidigung zu erreichende Zweck. Kann dieser Zweck ohne Verletzung des Angreifers erreicht werden, so ist eine Abwehr nicht erforderlich, die trotzdem dem Angreifer zugefügte Rechtsgüterverletzung eine Notwehrüberschreitung.

Die gegenteilige Ansicht ließe sich nur halten, wenn man, wie Olshausen, zwischen der „näher gekennzeichneten Verteidigung" und der „Verteidigung selbst" unterscheiden wollte. Das Gesetz spricht aber in § 53 Abs. 2 nur von der erforderlichen Verteidigung, nicht von der Abwehr überhaupt. Es geht nicht an, den Relativsatz „die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff . . . abzuwenden" von dem Worte Verteidigung, auf das er sich bezieht, zu trennen. Was der Gesetzgeber durch den Relativsatz zum Ausdruck bringt, hätte er durch eine Partizipialkonstruktion zum Ausdruck bringen können. Er hätte sagen können: „Notwehr ist die zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung." Setzte man diesen Satz für das Wort Notwehr in § 53 ein, so ergäbe sich die

folgende Bestimmung: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch die zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung geboten war.“ Eine solche Fassung würde die Unmöglichkeit einer Unterscheidung zwischen der Verteidigung selbst und der konkreten Verteidigungshandlung, die das erforderliche Maß einhalten muß, klar vor Augen führen. Aber auch aus dem jetzigen Wortlaut des Gesetzes, zumal aus der Wendung „um . . abzuwenden“, ergibt sich deutlich, daß der Zweck nicht die Verteidigung, sondern die Behauptung des Rechts ist und die erforderliche Verteidigung nur das erlaubte Mittel zur Erreichung dieses Zieles.

Übrigens werden die Konsequenzen der herrschenden Meinung auch von Frank[1]), der selbst diese Ansicht vertritt, als nicht unbedenklich bezeichnet. Sie sind aber zum Teil nicht bloß bedenklich, sondern im höchsten Maße unbillig. Kann es z. B. gerechtfertigt werden, wenn jemand ein Kind oder einen Geisteskranken, von dem ein rechtswidriger Angriff ausgeht, tötet, obgleich er durch bloßes Ausweichen der drohenden Gefahr entgehen kann? Kantorowicz[2]) stellt folgendes Beispiel zur Diskussion: Ahnungslos richtet ein Kind im Scherz bei einer Jagdgesellschaft das geladene Gewehr eines Jagdteilnehmers auf einen andern. Dieser könnte im Gelände schnell Deckung finden, etwa hinter einen in der Nähe stehenden Baum treten. Trotzdem setzt er sich zur Wehr und schießt das Kind nieder. Mit Recht sagt Kantorowicz, daß eine derartige Tat keinen Schutz oder gar Anerkennung im Sinne „der männlichen Auffassung des germanischen Rechts“ — damit begründet die Denkschrift zum Vorentwurf die herrschende Theorie — verdient. Ebensowenig wird man den Ausführungen Oetkers[3]), „die Volksstimme wird immer den Totschläger nennen, der den traurigen Mut hat, dem Angriff eines Geisteskranken sich zu stellen und den Armen niederzustechen“, ihre Berechtigung absprechen können. Trotzdem halten beide Autoren für das geltende Recht an der herrschenden Ansicht fest. Aber dazu zwingt in Wirklichkeit nichts. Auch das Argument Mayers[4]): „feig dem Unrecht zu weichen, kann dem Schwachen vom Klugen empfohlen, aber nicht dem Bürger

---

[1]) Frank, § 53, Anm. II a. E.

[2]) Kantorowicz in Monatsschr. f. Krim. Psych., 7. Jahrg., S. 292.

[3]) Oetker, V. D., A. T., II, S. 266.

[4]) M. E. Mayer, S. 280.

vom Staate zugemutet werden, sonst wäre Feigheit eine Rechtspflicht," ist nicht beweiskräftig. Denn nach der hier vertretenen Ansicht des Reichsgerichts wird dem Angegriffenen keineswegs eine ehrverletzende Flucht zugemutet. Stets hat das Reichsgericht betont, daß es nur dann die Pflicht des Angegriffenen sei, dem Angriff auszuweichen, wenn er damit kein Rechtsgut aufgibt. Die feige Flucht vor einem rechtswidrigen Angriff wäre aber ehrlos. Der Angegriffene würde damit ein hohes Rechtsgut, seine Ehre, aufgeben. Das wird ihm nicht zugemutet. Aber nicht immer ist Feigheit der Grund, weswegen der Angegriffene dem rechtswidrigen Angriff ausweicht. Das kann auch die Rücksicht auf den Angreifer sein. Dann bleibt aber die Ehre des Angegriffenen sehr wohl intakt. Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, wer ehrloser handelt, der, der zu seiner Verteidigung etwa ein Kind oder einen Geisteskranken niederschießt, oder der, der ihrem Angriff ausweicht. Eine Verteidigungshandlung ist also stets dann eine Überschreitung der Grenzen der Notwehr, wenn ein Ausweichen oder die Annahme fremder Hilfe den Angriff endgültig beendet und die Aufgabe eines Rechtsguts, insbesondere der Ehre, nicht enthalten hätte. Ehrenrührig wird insbesondere ein Verzicht auf die Notwehr dann nicht sein, wenn der Angriff kein injuriöses Moment enthält. Das wird gewöhnlich bei schuldlosen Angriffen der Fall sein. Eine solche Beurteilung dürfte unbillige Ergebnisse vermeiden.[1])

cc. Intensität und Proportionalität der Verteidigungshandlung.

Ist es jedoch nicht möglich, ohne Preisgabe eines Rechtsguts dem rechtswidrigen Angriff auszuweichen oder fremde Hilfe anzurufen, so ist jede Verteidigungshandlung erlaubt, die zur Abwendung des rechtswidrigen Angriffs

---

[1]) Damit nähert sich die hier vertretene Ansicht der Meinung von Hälschner, aaO., I, S. 479 ff. und der von Hold von Ferneck, aaO., II, S. 122, die Notwehr überhaupt nur gegen einen schuldhaften rechtswidrigen Angriff gestatten wollen. Auch Löffler, ZStW., 21 S. 537 ff. unterscheidet den Fall des böswilligen von dem des schuldlosen Angriffs unter dem Gesichtspunkt, daß im einen Fall die Ehre berührt wird, im anderen Falle nicht. Auch von Hippel, ZStW., 42, 416, stimmt mit der hier vertretenen Ansicht, wenn auch nicht de lege lata, so doch de lege ferenda überein. Er hält sie also für sachlich begründet und erblickt nur im geltenden Gesetz ein Hindernis. Nach den obigen Darlegungen steht aber auch jetzt schon nichts im Wege, der richtigen Ansicht zu folgen.

erforderlich ist. Das geht aus dem Wortlaut des Gesetzes klar hervor. Es ist demnach unerheblich, ob durch die Abwehr Rechtsgüter des Angreifers verletzt werden, die weit wertvoller sind als das durch den Angriff bedrohte Rechtsgut. Die Proportionalität der Notwehrhandlung wird vom Gesetze nicht gefordert. Entscheidend für das Maß der zulässigen Verteidigung ist vielmehr nur die Stärke und Hartnäckigkeit des Angriffs. Mit seiner Heftigkeit muß auch die der Abwehr steigen, sonst unterliegt das Recht. Die Energie der Verteidigung muß „der Energie des Angriffs genau angepaßt, also letzterer nur insoweit überlegen sein, als notwendig ist, den Vollzug des Angriffs zu hindern.“[1])

Welche Energie aber zu der Überwindung des Angriffs im Einzelfalle nötig ist, kann naturgemäß nicht abstrakt ein für alle Mal festgestellt werden. Vielmehr sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen. Man kann z. B. nicht sagen, daß der Angegriffene dann keine Waffen benützen dürfe, wenn auch der Angreifer unbewaffnet sei.[2]) Ebensowenig darf der Angegriffene stets dann eine Waffe gebrauchen, wenn es der Angreifer tut. Entscheidend ist vielmehr, ob dem Verteidiger weniger verletzende Mittel zu Gebote stehen.[3]) Es kommt also z. B. auf die körperlichen Kräfte des Angegriffenen im Verhältnis zu denen des Angreifers und auf die Mittel, die dem Verteidiger zu Gebote standen, an. Oft wird eine Drohung genügen. Aber selbst diese kann schon das Maß des Erforderlichen übersteigen. So kann die Bedrohung mit Totschlagen gegenüber Kindern, die über ein frischbestelltes Feld gehen wollen, durch den eine Hacke tragenden Besitzer eine Überschreitung der Grenzen der Notwehr sein, wenn ein einfaches Verbot, höchstens aber eine leichte Drohung genügt hätte.[4]) Treffend sagt Köhler[5]) zusammenfassend: „Ob der Abwehrende die bezeichneten Grenzen der erforderlichen Verteidigung eingehalten hat, bestimmt sich nach den Mitteln, welche in der konkreten Lage nach dem Urteil verkehrstüchtiger Menschen dem Abwehrenden nach seinen individuellen körperlichen und geistigen Kräften zu Gebote standen.“

---

[1]) Binding, Handb., S. 750.
[2]) Vgl. RG. i. Recht, 10, 130.
[3]) Vgl. RMG. 17, 58.
4) Dresden, Sächs. R.-Arch., 2, 165, zit. nach Soergel, Jahrb., 1907, Bd. 2, Nr. 9 zu § 53.
[5]) Köhler, aaO., S. 354.

Das Vorangegangene ist für das geltende Recht unbestritten.[1]) Desto umstrittener ist die Regelung der hier erörterten Frage de lege ferenda. Man hat das Notwehrrecht des geltenden Gesetzes unbeschränkt genannt und diese Schrankenlosigkeit als antiethisch[2]) empfunden. Es ist als ein Glück bezeichnet worden, daß die Unbeschränktheit des Notwehrrechts der Allgemeinheit nicht bekannt sei.[3]) Seit Geyer[4]) das Wort von der „Totschlägermoral" geprägt hat, die der Regelung der Notwehr im heutigen Recht zu Grunde liegen soll, ist in einer überaus reichen Literatur das Für und Wider des unbeschränkten Notwehrrechts erörtert worden. Seine Gegner haben vor allem an zahlreichen Beispielen seine Unhaltbarkeit darzutun gesucht. So hat man darauf hingewiesen, daß es nach geltendem Recht erlaubt sei, etwa einen Jungen, der Obst stiehlt, niederzuschießen, um die Entwendung der Früchte zu hindern, wenn ein anderes Mittel dazu nicht zu Gebote steht, wenn etwa der Eigentümer gelähmt ist und alle Verbote und Drohungen nichts nützen. Ebenso sei es erlaubt, einen Menschen zu töten, weil er eben eine Beleidigung ausstoßen will oder etwa eine Ohrfeige anbietet. Ja, um den Besitz eines Streichholzes zu verteidigen, dürfte der Angreifer getötet werden. Aus dem Widerspruch, den das Rechtsgefühl gegen derartige Entscheidungen erhebt, wird die Notwendigkeit einer „Ethisierung"[5]) des Notwehrrechts hergeleitet. Denn solche Konsequenzen entsprechen „dem germanischen Rechtsgefühl ebensowenig wie dem romanischen. Auch bei uns gehört eine solche Tat, wenn sie im Bewußtsein, einen guten Kampf zu kämpfen, vorgenommen wird, in das Gebiet der Verschrobenheit."[6]) Aber auch der Rechtsbrecher ist noch als Rechtsgenosse zu achten. „Auch er darf nicht zum Mittel für die willkürlichen Zwecke des Angegriffenen

---

[1]) Oppenhoff-Delius, Anm. 13 zu § 53; Olshausen, Nr. 11. Abs. 2 zu § 53; Schwartz; Anm. 3 a § 53; Lobe, L. K. Anm. 5 c zu § 53; Frank, Anm. II, Abs. 3 zu § 53; Binding, Handb. S. 752; Grundr., S. 189; von Liszt, S. 147; Allfeld, S. 185; Nr. 29; Wachenfeld, S. 119; Köhler, S. 354/55; Beling, Grundz. S. 36; M. E. Mayer, S. 279; Oetker, V. D., A. T., II, S. 288; Hold von Ferneck, II, S. 124; Schollmeyer, S. 4, Graf zu Dohna in ZStW., 33, 125 ff.

[2]) Kantorowicz, Monatsschr. 1907, S. 292.

[3]) Frank, in Aschrott-Liszt, I, S. 259.

[4]) Geyer, Grundr., I, S. 81.

[5]) So treffend Gretener, G. S. 87, 43.

[6]) Baumgarten, aaO., S. 116.

werden."[1]) Er darf nicht der Verschrobenheit eines andern schutzlos ausgeliefert werden, am wenigsten dann, wenn er etwa selbst schuldlos ist. Zwischen der vom Angreifer und Verteidiger gebildeten Sondergemeinschaft ist vielmehr eine Auseinandersetzung in angemessener Weise vorzunehmen.[1])

Diese Erwägungen haben die neueren Gesetzgebungsvorschläge beeinflußt. Zum ersten Mal ist in dem schweizerischen Vorentwurfe vom 15. August 1893 versucht worden, ein beschränktes Notwehrrecht einzuführen. Die Notwehr ist dort als die „den Umständen angemessene Abwehr" definiert worden.[2]) Diese Begriffsbestimmung kehrt in allen schweizerischen Entwürfen wieder.[3]) Während die deutschen Entwürfe von 1909, 1913 und 1919 an der Begriffsbestimmung des geltenden Rechts festhielten, hat nunmehr der amtliche Entwurf von 1925 die Definition der schweizerischen Entwürfe übernommen. Er bestimmt in Abs. 2 des § 21: „In Notwehr handelt, wer sich oder einen andern gegen einen gegenwärtigen Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise verteidigt." Dieser Gesetzgebungsvorschlag ist von Heimberger[4]) als ein Fortschritt begrüßt worden. Er ist aber auch, und wohl nicht mit Unrecht, als ein schwerer Rückschritt hinter das geltende Recht und als eine ganz unleidliche, für den Einzelnen wie für die Rechtsordnung verhängnisvolle Einschränkung der Notwehr getadelt worden.[5])

Die lebhafte Kritik, die dieser Gesetzesvorschlag ausgelöst hat, hat der Entwurf von 1927 in einer Hinsicht zu berücksichtigen versucht. Aber dieser Versuch kann nur als völlig mißglückt angesehen werden. Es war nämlich von allen Seiten, auch von Schriftstellern, die der Einführung des Proportionalitätsprinzips in beschränktem Umfange für das Notwehrrecht nicht ablehnend gegenüberstanden, die relativistische Fassung der geplanten Bestimmung gerügt

---

[1]) Vgl. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 131.

[2] Art. 17 Abs. 1 des 1. Vorentwurfs für ein schweiz. StGB. lautet wörtlich: Wer einen rechtswidrigen Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise von sich oder einem andern abwehrt, übt das Recht der Notwehr aus.

[3]) Art. 32 des neuesten Entw. v. 1918 lautet: Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren.

[4]) Heimberger, i. Reform, 1926, S. 77 ff.

[5]) von Hippel ZStW., 47, 29 ff.; Traeger, G.S., 92, 307; Kohlrausch, Reform, 1926, S. 19; Mezger, ZStW., 47, 478.

worden. Schon in der Beratung der Expertenkommission über den Schweizerischen Vorentwurf[1]) hat Gretener treffend darauf hingewiesen, daß die Wendung „in einer den Umständen angemessenen Weise" eine dreifache Auslegung zuläßt. 1. Im Sinne der herrschenden Auffassung, wonach die Abwehr das Maß in der Intensität des Angriffs finden muß. 2. Im Sinne der Proportionalität der Güter. Das soll nach Ausweis der Motive der Sinn sein. 3. Im Sinne der Subsidiarität der Notwehr, welch' letztere Auslegung unzweifelhaft zur Verkümmerung eines der wichtigsten Rechte der Personen führe. Die Proportionalität werde in vielen Fällen den Angegriffenen zur Duldung des rechtswidrigen Angriffs zwingen, weil er sich sonst möglicher Weise einer Verurteilung aussetzt. Nochmals hebt Gretener dieselben Bedenken in seiner kritischen Besprechung des Schweizer Entwurfs von 1918 hervor,[2]) wo er in Zweifel zieht, ob die Worte „in einer den Umständen angemessenen Weise" der Forderung nach Einführung der Proportionalität zum adäquaten Ausdruck verhelfen. Die gleichen Gedankengänge wiederholt Gerland.[3]) Auch er fragt, ob überhaupt durch diese Wendung eine sachliche Änderung des Notwehrrechts herbeigeführt werden soll. Die Begründung zum A. E. 1925 gibt nun freilich deutlich Aufschluß darüber, daß die veränderte Fassung auch eine sachliche Änderung gegenüber dem geltenden Recht bedeuten solle. Die vorgeschlagene Bestimmung soll nach der Begründung[4]) den Täter dazu nötigen, „sich nicht nur die Frage vorzulegen, ob die Stärke des Angriffs das angewendete Mittel fordert, sondern auch zu prüfen, ob die Anwendung dieses Mittels zu diesem Zweck sittlich gerechtfertigt ist." Für die Beantwortung dieser Frage soll das Wertverhältnis des verteidigten und verletzten Rechtsgutes Bedeutung haben. Aber das soll nicht der einzige Gesichtspunkt sein; welche anderen Gesichtspunkte aber maßgebend sein sollen, ist nicht gesagt. Der Richter soll also nicht mehr bloß die Aufgabe haben, die rein tatsächliche Frage, ob der Angriff so heftig war, daß die gewählte Verteidigung zu seiner Abwehr notwendig war, zu entscheiden. Er soll nach dem A. E. 1925 erwägen,

---

[1]) Schweizerisches Strafrecht — Verhandlungen der Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem neuen Schweizerischen Strafgesetzbuch Bern 1896.

[2]) Gretener, G.S. 87, 43.

[3]) Gerland, Der Entwurf v. 1925, S. 40.

[4]) Begründung, S. 20.

ob die konkrete Abwehrhandlung nach den ethischen Anschauungen das richtige Mittel zu einem richtigen Zweck ist. Es fällt ihm also die schwere Aufgabe zu, bis auf den materiellen Gehalt des Unrechts[1]) zurückzugehen. Aber mit Recht betont von Liszt-Schmidt,[2]) daß es nicht gutgeheißen werden könne, wenn gerade bei dem Notwehrrecht, dem bedeutsamsten aller Rechtfertigungsgründe, dem Richter vom Gesetz keine klare Vorschrift geboten wird, sondern er auf allgemeine Grundsätze der Unrechtslehre verwiesen wird. Es kommt hinzu, daß gerade bei der Notwehr die sittlichen Anschauungen im Volke äußerst verschieden sind. Gewiß werden nicht wenige von Hippel zustimmen, wenn er sagt[3]): Nach seiner Überzeugung sei jede Verteidigung sittlich gerechtfertigt, wenn sie erforderlich war, um den Angriff abzuschlagen, und wenn er eine Ausnahme nur für solche Fälle anerkennt, wo zum Schutze ganz geringfügiger Güter schwerste Verletzungen des Angreifers vorgenommen wurden. Sicher wird in weiten Volkskreisen die Ansicht von Kohlrausch[4]) Widerhall finden: „Es ist ein gesunder Gedanke, daß, wenn Recht gegen angreifendes Unrecht steht, eine Verteidigung ohne weiteres erlaubt, wenn aber Recht gegen Recht steht, ihre Angemessenheit im Einzelfall zu prüfen ist. § 21 fordert ein richterliches Moralisieren gegenüber einer Situation, in der von keinem Täter, der das Herz auf dem rechten Fleck hat, verlangt werden kann, daß er Moralerwägungen angestellt habe." Es wird aber andererseits in weiten Kreisen eine andere Auffassung herrschen. Z. B. wird ein Schöffe aus der Klasse der Besitzlosen über die Zulässigkeit der Eigentumsnotwehr anders denken wie ein Laienrichter aus der Klasse der Besitzenden.[5])

Aber wie dem auch sei, jedenfalls hat der in der Begründung ausgesprochene Wille des Gesetzgebers im vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut keinen klaren Ausdruck gefunden. Die Formel „den Umständen angemessen" zwingt nicht zu der in der Begründung ausgesprochenen Auffassung. In Anbetracht der heute in der Rechtswissenschaft vielfach vertretenen Ansicht, daß das Gesetz aus sich selbst heraus zu interpretieren sei, die Motive aber die Aus-

---

[1]) von Liszt-Schmidt, 1927, S. 174.
[2]) von Liszt-Schmidt, 1927, S. 183.
[3]) von Hippel, ZStW., 47, 29.
[4]) Kohlrausch, in Reform, 1926, S. 19.
[5]) Traeger, G.S. 92, S. 306.

legung nicht binden, ist in der Tat die Gefahr der Rechtsunsicherheit gegeben.[1])

Der Entwurf von 1927 sucht dieser Gefahr dadurch zu begegnen, daß er, wie bisher, die Einhaltung des zur Abwehr erforderlichen Maßes, darüber hinaus aber noch verlangt, daß der durch den Angriff drohende Schaden zu dem durch die Verteidigung zu erwartenden nicht außer Verhältnis stehe. Damit ist zum mindesten das eine klargestellt: Das geplante Gesetz soll eine sachliche Änderung des Notwehrrechts bringen. Die Auffassung, die veränderte Fassung bedeute keine sachliche Neuerung, ist damit unhaltbar geworden. Es ist aber auch, wenn man sich eng dem Wortlaut des Gesetzesvorschlages anschließen will, unbestreitbar, daß das Wertverhältnis der auf dem Spiele stehenden Güter neben der Erforderlichkeit der einzig maßgebende Gesichtspunkt ist, dem bei der Frage, ob eine Tat als Notwehrhandlung gerechtfertigt ist, Bedeutung zukommt. Der Grundsatz der Proportionalität soll also unbeschränkt in das Notwehrrecht eingeführt werden.

Bedeutet diese Regelung aber eine Ethisierung des Notwehrrechts? Wird sie den Anforderungen gerecht, die in der Wissenschaft bezüglich der Notwehr an die Strafrechtsreform gestellt wurden? Die Beispiele, mit denen die Notwendigkeit einer Änderung der Notwehrbestimmungen des geltenden Gesetzes begründet wurden, waren stets besonders kraß. Immer war der Fall gesetzt, daß materiell wertlose Güter durch Tötung oder schwere Verletzung des Angreifers verteidigt werden. In vielen von diesen Fällen wird nun gewiß das Rechtsgefühl eine Bestrafung des Täters verlangen. Und doch lassen sich Abwehrhandlungen denken, die trotz eines außerordentlichen Mißverhältnisses zwischen dem geschützten und dem verletzten Rechtsgut gerechtfertigt erscheinen. Schon in dem von Hafter[2]) gebildeten Beispiel möchte ich den Verteidiger straflos lassen: Ein wild aussehender Kerl macht sich an den Kohlköpfen in einem Garten zu schaffen. Die guten Zureden und die Drohungen des Eigentümers verspottet er. Darf dann, fragt Hafter, der Eigentümer, um den Diebstahl abzuwehren, auf ihn schießen, ihn töten oder verletzen? M. E. ist diese Frage zu bejahen. Und erst recht wird im folgenden von Kantorowicz[3]) an-

[1]) Vgl. dazu Beling, G.S. 91, S. 352.
[2]) Hafter, aaO., S. 139.
[3]) Kantorowicz, aaO., S. 292.

geführten Fall das Billigkeitsgefühl für den Notwehr übenden entscheiden: Ein übermütiger Junker will, nur um zu zeigen, daß ihm das Verbot eines armseligen Bauern gleichgültig ist, über dessen Wiese reiten. Da diesem kein anderes Mittel zu Gebote steht, den Rechtsbruch zu verhindern, verwundet jenen der Bauer.

Der Grundsatz, daß materiell geringwertige Interessen nicht durch Verletzung oder gar Vernichtung der wertvollsten Güter des Angreifers verteidigt werden dürfen, führt also nicht immer zu Entscheidungen, die vom Rechtsgefühl gebilligt werden. Erst recht ist das natürlich dann der Fall, wenn wertvolle Güter des Angegriffenen bedroht, aber noch höherwertige Interessen des Angreifers bei der Abwehr verletzt werden. Der Grund für diese Entscheidung dürfte darin zu finden sein, daß auch durch einen Angriff auf fast wertlose Sachen die Rechtspersönlichkeit des Angegriffenen, seine Ehre und sein Selbstbestimmungsrecht in Frage gestellt werden können. „Das injuriöse Verhalten des Angreifers, der sich, mag es ihm auch bloß um eine Sache zu tun sein, gegen die persönliche Freiheit und dadurch gegen die Person und ihr Selbstbestimmungsrecht wendet, läßt auch die heftigste Verteidigung materiell wertloser Güter gerechtfertigt erscheinen."[1]) Auch ein rechtswidriger Angriff auf geringwertige Sachen kann also höchste Rechtsgüter in Frage stellen. Das muß freilich nicht immer der Fall sein. Es ist deshalb unrichtig, wenn Jhering[2]) in jedem Rechtsbruch eine Verletzung der Rechtspersönlichkeit des Angegriffenen sieht. Aber es wird auch nicht bloß bei böswilligen Angriffen der Fall sein, wie Hold von Ferneck annimmt. Es lassen sich wohl auch Fälle denken, in denen ein grob fahrlässiges Verhalten eine Mißachtung der fremden Rechtspersönlichkeit darstellt. Andererseits wäre es einseitig, nur bei Angriffen Strafunmündiger und Zurechnungsunfähiger die Proportionalität des bedrohten verletzten Rechtsguts zu fordern. Diese Personen den Bestimmungen über den Notstand zu unterwerfen,[3]) Geisteskranke und Kinder also den Sachen gleichzuachten, dagegen sträuben sich wohl unsere kulturellen Anschauungen. Die Frage, ob in einem rechtswidrigen Angriff auf ein materielles Gut ein injuriöses

---

[1]) Hold von Ferneck, aaO., S. 124; ganz ähnlich Löffler, ZStW., 21, 544.

[2]) Jhering, Kampf ums Recht. S. 94 ff.

[3]) So z. B. Kantorowicz, aaO., S. 292 ff., u. a.

Moment, eine Antastung der fremden Rechtspersönlichkeit liegt, läßt sich also nicht ein für allemal entscheiden. Aber soviel dürfte feststehen: Die Entscheidung, ob eine erforderliche Verteidigungshandlung rechtswidrig ist, lediglich von dem Wertverhältnis der auf dem Spiele stehenden Güter abhängig zu machen, wird von vielen nicht als eine Ethisierung des Notwehrrechts empfunden. Richtig ist nur, daß das Wertverhältnis höchstens ein Indiz für die Schwere der Verletzung der Rechtspersönlichkeit des Angegriffenen ist. Allerhöchstens könnte man, wie Baumgarten[1]) es will, bestimmen, daß dort, wo keine Schuld gegeben ist, das durch die Verteidigung verletzte Rechtsgut nicht erheblich größer sein darf, als das durch sie bewahrte.

Die bisherigen Ausführungen dienten lediglich der Erörterung des Problems, ob es eine Ethisierung des Notwehrrechts bedeute, wenn man es von der Einhaltung eines Wertverhältnisses abhängig macht. Die Antwort auf eine solche Frage hängt nun stets von den sittlichen Empfindungen des einzelnen und im Grunde von seiner Einstellung zur materialistischen oder idealistischen Weltauffassung ab.[2])

Eine Kritik an einem Gesetzesvorschlage, die nur auf solchen subjektiven Erwägungen beruhte, wäre nicht zureichend begründet. Gerade in der hier streitigen Frage gehen die sittlichen Anschauungen weit auseinander. Man bedenke, daß ungefähr zu gleicher Zeit Geyer das unbeschränkte Notwehrrecht als Totschlägermoral bezeichnete, während Ihering es mit begeisterten Worten feierte. Es stehen aber eine ganze Reihe von Bedenken, die nicht von subjektiven Momenten abhängig sind, der vorgeschlagenen Regelung des Notwehrrechts entgegen.

Zunächst bietet der Grundsatz der Proportionalität, selbst wenn man seine Einführung für sittlich begründet hielte, kein gesetzgeberisch brauchbares Prinzip. Denn das vom Angriff bedrohte Rechtsgut ist häufig mit dem durch die Verteidigung verletzten unvergleichbar. Man denke etwa an den vom Reichsgericht in RGSt. 21, 168 entschiedenen Fall: Ein Pfarrer beleidigt in der Predigt den anwesenden Bürgermeister. Der verteidigt seine Ehre, indem er „Ruhe, Ruhe" ruft, stört aber damit den Gottesdienst. Wer wollte

---

1) Baumgarten, Notwehr und Notstand, S. 116.

2) Sehr treffend deutet Finger, G.S., 95, 127, diese Abhängigkeit an, wenn er dem Entwurf 1927 vorwirft, daß er Ideelles gegen Materielles zurückstelle und Mangel an Verständnis für Imponderabilien erkennen lasse.

hier entscheiden, ob das durch die Notwehr verletzte oder das angegriffene Rechtsgut wertvoller ist? Oder man denke an das von M. E. Mayer[1]) angeführte Beispiel: Ein Fabrikherr erschießt während eines Streikes einen Arbeiter, der eine wertvolle Maschine zerstören will. Darf die Frage, ob der Fabrikherr straffrei ist, davon abhängig sein, wieviel die Reparatur der Maschine gekostet hätte? „Treten nicht alle Erwägungen, die das Wertverhältnis der beteiligten Rechtsgüter betreffen, weit zurück hinter dem durch die kritische Situation besonders betonten Gedanken, daß Recht über Unrecht siegen soll? Ist es nicht in diesem oder jenem anderen Falle eine barbarische Aufgabe, die Proportionalität zwischen einer Geldsumme und einem Menschenleben festzusetzen und je nach der Taxierung eine Freisprechung oder Freiheitsstrafe aussprechen zu müssen?"

Die Begründung zu dem Entwurf 1927 glaubt diese Einwände damit widerlegen zu können, daß sie auf die Notstandsbestimmungen des BGB. hinweist. Auch hier werde die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung von der Einhaltung eines bestimmten Wertverhältnisses abhängig gemacht. Schwierigkeiten hätten sich dabei nicht ergeben. Allein es dürfte übersehen sein, daß die Vorschriften der §§ 228 und 904 BGB. lediglich Gefahren im Auge haben, die nicht von Menschen ausgehen, und zu deren Beseitigung nur fremde Sachen gefährdet oder vernichtet werden. Stets war also nur der Wert einer Sache mit dem Werte des gefährdeten Gutes zu vergleichen. Hier war es unbedenklich, zu sagen, daß etwa das Leben eines Menschen wertvoller sei als irgend ein Sachgut. Die Rechtspersönlichkeit des Gefährdeten war durch den Angriff einer Sache niemals in Frage gestellt. Anders im Falle der Notwehr. Kann hier auch unumschränkt der Satz gelten, ein Menschenleben sei unverhältnismäßig wertvoller als irgend ein Sachwert? Wenn ja, dann ist der Eigentümer dem Einbrecher oder Räuber gegenüber schutzlos.

Nicht selten wird es aber überhaupt unmöglich sein, die Voraussetzungen für eine derartige Wertabwägung festzustellen. Häufig ist es ausgeschlossen, zu sagen, auf welches Rechtsgut der Angriff abzielte. Eine solche Beweisfrage darf gewiß die Auslegung des geltenden Rechts nicht beeinflussen. Bei Erwägungen über die Gestaltung des künftigen Gesetzes muß sie berücksichtigt werden. Auch diesen

[1]) M. E. Mayer, S. 281, Nr. 13.

Einwand kann der Hinweis auf die Notstandsbestimmungen des bürgerlichen Rechts nicht entkräften. Die objektive Feststellung, welchen Lebensinteressen bei einem Sachangriff oder infolge eines Naturereignisses Gefahr droht, ist ungleich leichter als die, auf welches Rechtsgut der Angriff eines Menschen abzielte. Letzteres setzt eine Seelenkenntnis voraus, die wohl die Grenzen menschlichen Erkennens übersteigen dürfte.

Ferner kann man den Ausführungen Bindings[1]) ihre Beweiskraft nicht absprechen: „Proportionalität zu fordern zwischen der Energie der Verteidigung und der Bedeutung des angegriffenen Gutes.., heißt dem energischen Angreifer auf geringfügige Güter den Sieg offiziell in die Hand spielen.“ Gerade in der Gegenwart sind derartige Erwägungen besonders am Platze; denn gerade jetzt besteht ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Die Kriminalität hat in erschreckendem Maße zugenommen und die Gerichte sind demgegenüber in der Strafzumessung erheblich milder geworden.[2]) „Noch nie seit 1870 war der anständige Staatsbürger bei uns in solchem Maße auf das Recht der Notwehr gegen rechtswidrige Angriffe angewiesen, wie heute. Der Entwurf läßt ihn völlig in Stich. . . Die heutige Zeit aber ist wahrlich nicht dazu angetan, anständige Menschen wegen des erforderlichen Schutzes ihrer Rechte gegen rechtswidrige Angriffe zu strafen.“[3])

Die Furcht, auf energische Gegenwehr zu stoßen, wird aber nicht selten den Rechtsbrecher von seiner Tat zurückhalten. In der Zulassung energischer Abwehr liegt die beste Hut vor feindseligem Angriff.[4]) Die im Entwurf von 1927 getroffene Regelung läßt den Verteidiger völlig schutzlos — wenn man sich streng an den Wortlaut des Gesetzes halten will. Daß die Tötung eines Menschen ein unverhältnismäßig höherer Schaden ist als der Raub eines Wertgegenstandes, daran dürfte kaum zu deuteln sein. Jedermann muß also wehrlos zusehen, wie der Räuber oder Einbrecher ihm sein Vermögen nimmt, wenn nicht der Rechtsbrecher es auch auf das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen abgesehen hat. Wehrt er sich trotzdem,

---

[1]) Binding, Handb., S. 752.

[2]) Vgl. hierzu die beachtlichen Ausführungen Exners in Monatsschr. f. Krim. Psych. 1926, S. 365.

[3]) So von Hippel, Z. 47, S. 31, Was v. H. für den Entw. 1925 sagt, gilt erst recht für den von 1927.

[4]) Hold von Ferneck, S. 126; Löffler, Z. 21, 567, Nr. 62.

verletzt er den Verbrecher, so überschreitet er die Grenzen der Notwehr. Er handelt also rechtswidrig und versetzt den Rechtsbrecher selbst in Notwehrstand, so daß dieser zur eigenmächtigen Verteidigung schreiten darf und im Recht ist, wenn er den Eigentümer niederschießt, sofern dies zum Schutze des eigenen Lebens oder der eigenen Gesundheit erforderlich ist. Heimberger[1]) hat Recht, wenn er der geplanten Notwehrbestimmung vorwirft, sie verkehre in unerhörter Weise Recht in Unrecht. Treffend weist er darauf hin, daß die Notwehr, bei der doch stets das Recht dem angreifenden Unrecht gegenübersteht, sogar enger umgrenzt ist als der Notstand, wo doch Recht gegen Recht steht. Denn gemäß § 25 des Entwurfs 1927 ist eine Notstandshandlung zwar rechtswidrig, wenn dadurch ein Interesse verletzt wird, dessen Wert zu dem drohenden Schaden in keinem Verhältnis steht. Trotzdem aber bleibt die Tat straflos, wenn dem Täter unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zuzumuten ist, den drohenden Schaden zu dulden. Auch die Bestimmungen über den Notwehrexzeß bieten keine genügende Abhilfe. Zwar ist Heimberger[2]) nicht zuzugeben, daß die Wahrung eines bestimmten Verhältnisses zwischen dem drohenden und dem zugefügten Schaden eine Voraussetzung und keine Begrenzung des Notwehrrechts darstellt. Zu den Voraussetzungen gehören, selbst wenn man der herrschenden, das Anwendungsgebiet der Vorschrift über den Notwehrexzeß eng einschränkenden Lehrmeinung folgen will, nur das Vorliegen eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs. Wer ein Rechtsgut des Angreifers verletzt, das wertvoller ist, als das durch den Angriff bedrohte Interesse, der überschreitet die Grenze der Notwehr genau so wie der, der sich heftiger verteidigt, als zur Abwehr erforderlich ist. Auch der Entwurf stellt diese beiden Fälle gleich. Er erklärt ausdrücklich die Verteidigungshandlung soweit für nicht rechtswidrig, als sie erforderlich ist, um den Angriff abzuwenden, und der von ihr zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden steht. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Abwehr stehen also auf der gleichen Linie. Die Begründung zum Entwurf 1927 rechtfertigt die allgemeine Strafmilderungsbefugnis im Falle der Notwehrüberschreitung gerade mit

---

[1]) Heimberger, DJZ., 1927, Sp. 1378.
[2]) Heimberger, aaO., S. 1379.

dem Hinweis auf die Einschränkung des Notwehrrechts durch die Einführung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Aber wie noch später dargelegt wird, soll nach dem Entwurf von 1927 eine Notwehrüberschreitung nur dann straflos bleiben, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken gehandelt hat. Wer etwa aus berechtigter Entrüstung über einen frechen Einbruch den Verbrecher verletzt oder tötet, da er sonst sein Eigentum nicht verteidigen kann, wird jedenfalls nach § 24 Abs. 3 des Entwurfs 1927 nicht straflos bleiben können.

Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei der Fassung des Notwehrbegriffs im Entwurf 1927 sich der ganzen Tragweite der Bestimmung bewußt geworden ist.[1]) Noch weniger ist zu vermuten, daß Wissenschaft und Rechtsprechung sich mit solchen unbefriedigenden Ergebnissen abfinden werden. Schon jetzt beginnen die Versuche einer Ausdeutung dieser Vorschrift. Graf zu Dohna[2]), der die vorgeschlagene Regelung der Notwehr begrüßt, hebt bereits hervor, daß man die Schlußwendung des § 24 Abs. 1 nicht dahin verstehen dürfe, daß jede Einwirkung auf den Körper außer Verhältnis stehe zu jeder bloßen Vermögensbeschädigung; es komme ganz auf die Schwere der Verletzung, um deren Abwägung es sich handele, an. Graf zu Dohna glaubt diese Erwägungen dem Richter anvertrauen zu dürfen. Er gibt also zu, daß man mit dem klaren Grundsatze, menschliche Gesundheit und menschliches Leben stehen höher als jeder materielle Schaden, im künftigen Notwehrrechte nicht auskommen wird. Welche andern Prinzipien für den Richter maßgebend sein sollen, außer dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sagt Graf zu Dohna nicht. Der Richter wird auf die oben dargestellten Grundsätze, daß mit jedem böswilligen Angriff die Rechtspersönlichkeit des Angegriffenen angetastet wird, zurückgreifen müssen, um die ihm gestellte Aufgabe gerecht zu lösen. Je nach der Schwere dieser Verletzung der Rechtspersönlichkeit wird er eine mehr oder minder scharfe Verteidigung, evtl. auch eine körperliche Verletzung oder gar eine Tötung des Angreifers für rechtmäßig erklären müssen. Aber es wird doch zuzugeben sein, daß diese Ansicht weniger im Wortlaut des Gesetzes als im Rechtsgefühl

---

[1]) Vgl. Heimberger, aaO., S. 1379.
[2]) Graf zu Dohna, L.Z., 1927, 1237.

ihre Stütze findet. Denn wenn das geplante Gesetz das Wort „Schaden" gebraucht, so kann darunter eine oberflächliche Betrachtung sehr wohl etwas rein materielles verstehen. Die Befürchtung liegt nahe, daß damit eine neue Streitfrage für das Notwehrrecht geschaffen ist, eine Streitfrage, die für die Praxis eine ungleich höhere Bedeutung haben wird als das alte Problem, ob Notwehr gegen Tiere zulässig sei oder nicht. Und diese neue Streitfrage ist letzten Endes, wie oben bereits ausgeführt ist, nicht ohne Rücksicht auf die letzte weltanschauliche Einstellung des einzelnen zu lösen. Es kommt hinzu, daß bei der Beantwortung dieser Frage der Entwurf von 1927 dem Richter ganz anders die Hände bindet als die weite Fassung des Entwurfs von 1925. Die Formel „den Umständen angemessen" ermöglichte und gebot dem Richter, Erwägungen über den materiellen Gehalt des Unrechts anzustellen, d. h. sich auf den Zweck der Rechtsordnung zu besinnen und daraus seine Entscheidung zu schöpfen. Das würde mit aller Wahrscheinlichkeit zur Herausarbeitung von Grundsätzen geführt haben, die zweckentsprechend und das Rechtsgefühl befriedigend sein würden. Der Aufstellung solcher Prinzipien steht nach dem Entwurf von 1927 die weitere Schwierigkeit entgegen, sie gegen den Vorwurf mangelnder Gesetzestreue zu verteidigen. Mit der Zahl und der Wichtigkeit der Streitfragen wächst aber naturgemäß auch die Rechtsunsicherheit. Der Zweck, weshalb der Entwurf von 1927 die Notwehr anders definierte als der Entwurf von 1925, ist also verfehlt. Neben das Problem, welche Grundsätze für die Angemessenheit der Verteidigung dem Sinne der Rechtsordnung und dem Rechtsgefühl nach der herrschenden sittlichen Anschauung entsprechen, tritt die zweite Frage, ob nicht das Gesetz durch eine grobe Regelung solchen Erwägungen überhaupt den Boden entzogen hat, ob es nicht den Richter dazu zwingt, oberflächlich lediglich den materiellen Schaden abzuwägen.

Jedenfalls sollte man erwarten, daß derartig einschneidende Änderungen des während 50 Jahren geltenden Notwehrrechts nur dann vorgenommen werden, wenn dafür ein unabweisbares Bedürfnis vorliegt. In Wahrheit hat das geltende Recht aber zu keinen Mißständen geführt. „Die Geschichte von dem gelähmten Manne, der den Apfeldieb abschießt, steht doch wohl nur in Lehrbüchern."[1]) Wenn Frank[2]) die Tatsache, daß das geltende Recht bisher zu

---

[1]) Kohlrausch, Reform, 1926, S. 19.
[2]) Frank in Aschrott-Liszt, I, S. 259.

keinen Unbilligkeiten geführt hat, darauf zurückführt, daß dem Publikum die Unbeschränktheit des heutigen Notwehrrechts unbekannt geblieben sei, so vermag ich dem nicht zuzustimmen. Nur äußerst selten dürfte dem Verteidiger überhaupt Zeit bleiben, sich zu besinnen, wie weit er in der Notwehr gehen darf. Entscheidend wird in den meisten Fällen sein ursprüngliches sittliches Empfinden sein. Wenn also bisher das Notwehrrecht zu keinen Unzuträglichkeiten geführt hat, so rechtfertigt sich der Schluß, daß das deutsche Volk nicht zur „Totschlägermoral" neigt.[1]) Die Sitte, der, wie Binding[2]) mit Recht hervorhebt, es bisher zufiel, den mäßigenden Einfluß zu üben, hat diese Funktion erfüllt. Es kommt hinzu, daß selten ein Angriff auf ein geringwertiges Rechtsgut mit solcher Energie geführt werden wird, daß zu seiner Abwendung die Verletzung höchster Rechtsgüter des Angreifers erforderlich ist. Schon dadurch, daß nur die erforderliche Verteidigung gestattet ist, wird Mißständen vorgebeugt. Nach alledem dürfte für die völlige Umgestaltung nicht bloß des Strafrechts, sondern auch des bürgerlichen Rechts kein Bedürfnis bestehen.[3]) Darüber hinaus ist zu fragen, ob es überhaupt die Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Grundsatz der Proportionalität für das Notwehrrecht einzuführen, solange in weiten Volkskreisen das sittliche Empfinden dem widerspricht. Selbst wenn man in der vorgeschlagenen Bestimmung eine Ethisierung des Notwehrrechts erblickt, so bleibt es fraglich, ob der Gesetzgeber die Aufgabe hat, dem verfeinerten sittlichen Empfinden dann Rechnung zu tragen, wenn es nicht Allgemeingut aller staatserhaltenden Bürger geworden ist. Das Recht soll doch das ethische Minimum darstellen.

Glaubt man trotz alledem der theoretischen Möglichkeit unbilliger Entscheidungen vorbeugen zu sollen, so darf man nicht außer acht lassen, daß nur in Ausnahmefällen die Begrenzung der Notwehr auf das erforderliche Maß zu Urteilen führen kann, die mit dem Rechtsgefühl in Widerspruch stehen. Solche Ausnahmefälle bedürfen, worauf

---

[1]) v. Hippel, Z., 47, S. 29.

[2]) Binding, Grundriß, S. 189.

[3]) Daran, daß auch § 227 BGB. geändert werden muß, wenn die veränderte Fassung des § 24 E. 27 praktische Bedeutung erlangen soll, kann kein Zweifel sein. Nur eine rechtswidrige Tat ist strafbar, nach § 227 BGB. handelt der nicht rechtswidrig, der sich oder einen anderen gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff in der zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Weise verteidigt. Vgl. dazu Gerland, E. 25, S. 41.

Traeger[1]) hinweist, der Regelung durch eine Ausnahmebestimmung. Im Anschluß an Traeger glaube ich deshalb, daß in einem besonderen Absatze, am besten in einem besonderen Paragraphen, eine solche Ausnahmebestimmung zu treffen ist. Vorzüglich geeignet erscheint der von diesem Schriftsteller selbst gemachte Vorschlag[2]):

> Die Verteidigung ist insoweit unzulässig, als sie gegen die sittlichen Anschauungen der Rechtsgenossen in gröblicher Weise verstößt.

Mit einer solchen Bestimmung dürfte auch die von Oetker[3]) ausgehende Anregung, die Notwehr von der Unfugabwehr zu scheiden, gesetzgeberisch in einwandfreier Weise ausgewertet sein. Denn nach Oetker soll ja die Rechtssitte dafür entscheidend sein, ob durch einen Angriff wirkliche Not hervorgerufen ist, oder ob der Angriff lediglich einen Unfug darstellt, zu dessen Verhinderung nicht unverhältnismäßig große Verletzungen vorgenommen werden dürfen. Der Einwurf, daß die Grenze zwischen Unfug und Not im Einzelfalle schwer zu ziehen sein wird, ist gewiß berechtigt. Es wird insbesondere bei fahrlässigen Delikten schwerlich von einem Unfug die Rede sein können. Und doch gebietet das Rechtsgefühl, gerade den fahrlässigen Rechtsbrecher anders zu behandeln als den böswilligen. Dem wird die von Traeger vorgeschlagene Bestimmung gerecht. Ihre Fassung und ihre Stellung in einem besonderen Absatz oder in einem besonderen Paragraphen verleiht ihr auch den Charakter einer Ausnahmevorschrift. Sie dürfte infolgedessen allen Anforderungen entsprechen.

b) Die zeitliche Grenze des Notwehrrechts.

Das Notwehrrecht hat ferner eine zeitliche Grenze. Aus der Definition der Notwehr als der Reaktion des Rechts gegen das Unrecht ergibt sich, daß eine Verteidigung nur solange und nur dann entfaltet werden kann, als überhaupt ein Angriff vorliegt. Hat dieser noch nicht begonnen oder ist er beendet, so ist eine „Verteidigung" ausgeschlossen. Das Gesetz tut noch ein übriges. Es fügt zur Verdeutlichung ausdrücklich das Wort „gegenwärtig"[4]) in die Definition der

---

[1]) Traeger, G.S., 92, S. 308.

[2]) wie zu [1]).

[3]) Oetker, V.D., A.T., II, S. 175 ff., zusammenfassend 325.

[4]) Daß dieses Wort nur zur Verdeutlichung eingefügt ist und daß das Gleiche mit dem Worte Verteidigung bereits gesagt ist, ist der Grund, weshalb in dem 1. schweizerischen Vorentw. v. 1893 u. ebenso in dem Entwurf zu einem russischen StGB. v. 1903

Notwehr ein. Damit ist zweierlei zum Ausdruck gebracht: Eine Rechtsgüterverletzung, die zum Zwecke der Verhütung eines in Zukunft befürchteten Angriffs vorgenommen ist (vorzeitige Gewalt), ist ebensowenig gestattet, wie eine Rechtsgüterverletzung, die nach Beendigung des Angriffs ausgeführt wird (nachzeitige Gewalt). In beiden Fällen liegt ein rechtswidriges Verhalten vor. Bei diesem Ergebnis darf sich jedoch eine Untersuchung über die Grenzen des Notwehrrechts nicht begnügen. Es fragt sich, ob die Rechtswidrigkeit beide Male durch einen Mangel der Voraussetzung oder etwa durch eine Überschreitung der Grenzen des Notwehrrechts bedingt ist. Die herrschende Lehre verneint in beiden Fällen das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr. Dieser Ansicht ist bezüglich der vorzeitigen Gewalt zuzustimmen. Eine Rechtsgüterverletzung, die zum Zwecke der Verhütung eines für die Zukunft befürchteten Angriffs geschieht, kann als eigenmächtige Vorbeugungsmaßnahme, nicht aber als „Verteidigung" bezeichnet werden. Man kann auch nicht von einer Überschreitung der Grenzen der Verteidigung reden, da überhaupt niemals eine wirkliche Verteidigung stattgefunden hat. Das verbietet schon das Sprachgefühl. Dazu kommt noch folgende Erwägung: Notwehr ist die Reaktion des Rechts gegen das Unrecht, und zwar nicht gegen das bloß mögliche, sondern gegen das wirkliche Unrecht. Dieser Satz bedarf keines Beweises, sonst wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet; denn wer wollte mit Sicherheit sagen, ob die Zufügung eines Unrechts möglich oder unmöglich ist? Andererseits darf man schon aus sprachlichen Gründen einen Angriff nicht mit einer Rechtsgüterverletzung gleichsetzen. Es muß vielmehr genügen, wenn mit der Verwirklichung des Unrechts begonnen ist, d. h. wenn der Anfang der Ausführung einer unrechtmäßigen Handlung gemacht ist. Die Frage, wann dies der Fall ist, ist ebenso zu entscheiden wie in der Lehre vom versuchten Verbrechen. Auch dort wird eine Ausführungshandlung zur Strafbarkeit verlangt, während die Vorbereitungshandlungen unverboten und damit nicht rechtswidrig sind.[1]) Allerdings berechtigen zur Notwehr nicht bloß An-

---

das Erfordernis der Gegenwärtigkeit nicht ausdrücklich hervorgehoben ist. Vgl. Gretener, G.S. 67, S. 53/54.

[1]) Die nahe Verwandtschaft beider Fälle erhellt am besten daraus, daß Köhler, aaO., S. 447, u. Mayer, aaO., S. 352, die Unterscheidung von Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen danach treffen, ob ein Angriff im Sinne des § 53 Abs. 2 vorliegt.

griffe, die einem strafrechtlichen Tatbestand unterfallen, sondern alle rechtswidrigen Angriffe. Wenn nun für die Lehre vom Versuch als Ausführungshandlung die auf unmittelbare Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale gerichteten Handlungen angesehen werden, so werden als Angriffshandlungen[1]) alle bezeichnet werden müssen, die auf unmittelbare Verletzung eines Rechtsgutes gerichtet sind. Daher ist Notwehr nicht erst dann zulässig, wenn eine Verletzung eingetreten ist, sondern schon bei einem Verhalten, das unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann.[2]) Solange nicht durch ein solches Verhalten das Unrecht verwirklicht ist, ist eine Reaktion dagegen ausgeschlossen. Es fehlt an der Voraussetzung der Notwehr, dem rechtswidrigen Tun des Angreifers. Daher ist nicht zu erörtern, wann im Einzelfalle eine Verletzung unmittelbar bevorsteht; denn diese Frage fällt aus dem Rahmen einer Untersuchung über die Grenzen des Notwehrrechts heraus.

Völlig anders ist die Sachlage aber im Falle der sog. nachzeitigen Gewalt. Die herrschende Lehre führt die Rechtswidrigkeit dieses extensiven Exzesses allerdings auch auf einen Mangel der Voraussetzungen des Notwehrrechts zurück und hält die nachzeitige Gewalt demgemäß nicht für eine Überschreitung der Grenzen der Notwehr. So sagt Olshausen unter Note 14 zu § 53: „Ist nicht einmal der Stand der Notwehr gegeben, wie bei der Putativnotwehr, so kann es nur um das Vorgeben, nicht um ein Überschreiten der Notwehr sich handeln. Soll Abs. 3 (des § 53) Anwendung finden, so muß demnach festgestellt werden, daß ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegt.“ Er fährt dann in Note 15 fort: Überschreitung der Notwehr liege vor, wenn der Täter über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen sei. Nach den früheren Ausführungen könne damit nur gemeint sein, daß der Täter in der zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Verteidigung der Art oder dem Maße nach zu weit gegangen sei.

Ebenso scheidet Frank zwischen Notwehrstand und Verteidigungshandlung. Er folgert aus dieser Unterscheidung, daß die Grenzen der Verteidigung vom Gesetz dahin be-

---

[1]) So Merkel-Liepmann, S. 149; ähnlich Frank, § 43, II, 2b.

[2]) So Lobe, Lpz. Kom., Anm. 3 zu § 53; Olshausen, Anm. 9, a, zu § 53; M. E. Mayer, S. 277; Köhler, S. 343; Schollmeyer, S. 6; Heberlein, S. 28; Schwartz, § 53, Anm. 2e; Frank, § 53, 1, 1; von Liszt, S. 146, die letzten drei zwar in der Formulierung, aber nicht im Ergebnis verschieden.

stimmt seien, daß alles straflos sei, was zur Abwendung des Angriffs erforderlich sei. Nur in der Einhaltung des erforderlichen Maßes erblickt er eine Grenze des Notwehrrechts, deren Überschreitung der Vorschrift des § 53 Abs. 3 möglicherweise unterfällt.

Lobe begründet seine Ansicht ganz ähnlich. Er sagt: Notwehrüberschreitung setze immer voraus, daß überhaupt ein rechtswidriger Angriff und eine hiergegen unternommene Verteidigung, also wirkliche Notwehr vorliege. Bei Putativnotwehr gebe es z. B. keinen Exzeß. Er fährt dann fort: „Lediglich das zur Abwehr erforderliche Maß wird überschritten, wenn auch in Abs. 3 nur von Überschreitung der Grenze der Notwehr gesprochen wird. Daher handelt es sich nicht mehr um bloße Überschreitung, wenn im Anschluß an bereits erfolgte Abwehr noch eine Rechtsgüterverletzung des ursprünglichen Angreifers vorgenommen wird, z. B. der Dieb nachträglich verprügelt wird.“[1])

Auch das Reichsgericht[2]) tritt dieser Ansicht mit derselben Begründung bei. Beachtenswert dürfte vor allem die in neuerer Zeit ergangene Entscheidung im 54. Bande, S. 36 sein. Dort stand folgender Fall zur Beurteilung: Der Angeklagte war von seiner Frau wegen eines Zerwürfnisses verlassen. Er traf sie in Begleitung ihres Bruders und ihres Vaters auf der Straße. Nach einem Wortwechsel schlug der Vater auf den Angeklagten ein und der Bruder ging mit einem Dolchmesser gegen ihn vor. Der Angeklagte gab nun aus einem Revolver Schüsse ab und traf mit dem ersten Schuß den Bruder seiner Frau in den Oberschenkel und mit einem weiteren Schuß seine seitwärts stehende Frau tödlich. Der Angeklagte wurde wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Das Reichsgericht führt aus: Er habe sich nur bei der Abgabe des ersten Schusses in Notwehr befunden, nach diesem Schuß, der den Bruder der Frau schwer verwundet hatte, sei der Angriff auf den Angeklagten beendet gewesen, da der Vater der Frau die Flucht ergriffen habe. Habe aber bei der Abgabe der weiteren Schüsse keine Notwehr vorgelegen, so könne sie auch nicht als eine nach § 53 Abs. 3 straflose Überschreitung der Notwehr in Betracht kommen. Denn auf eine Überschreitung der Grenzen der Verteidigung in den Fällen nur vermeintlicher Notwehr

---

[1]) Ebenso Schwartz, Anm. 4 zu § 53; Binding, Handb., S. 752, Nr. 1; Köhler, S. 358; Frank, Anm. II zu § 53; Lobe, Lpz. Kom., Anm. 6 zu § 53.

[2]) RG., 54, 36. L.Z., 1917, S. 408.

beziehe sich die Vorschrift des § 53 Abs. 3 nicht. Der Angeklagte habe aber nur in vermeintlicher Notwehr gehandelt, da er irrtümlich angenommen habe, der Angriff sei noch nicht beendet. Da er, ohne Aufmerksamkeit oder Überlegung anzuwenden, wild weitergeschossen habe, habe er fahrlässig gehandelt.

Das Reichsgericht unterläßt also die Prüfung, ob der Angeklagte etwa aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken nicht bemerkt habe, daß der Angriff durch die Verwundung des Bruders der Frau beendet war. Es begnügt sich mit der Feststellung, daß er aus Mangel an Überlegung weitergeschossen hat; denn die Vorschrift des § 53 Abs. 3 soll nur dann und solange Anwendung finden können, wenn ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff, also der Notwehrstand vorliegt.

Die herrschende Meinung konstruiert also den Begriff des Notwehrstandes und faßt darunter die Voraussetzungen des Notwehrrechtes zusammen. Die zur Beseitigung des Notwehrstandes in der Selbstverteidigung begangene Handlung wird als Notwehrhandlung bezeichnet. Sie ist rechtmäßig, wenn sie die richtige Grenze, nämlich das erforderliche Maß, einhält. Nachzeitige Gewalt kann allerdings, wenn diese Ansicht richtig ist, nicht als Überschreitung des Notwehrrechts angesehen werden.

Diese Unterscheidung zwischen Notwehrstand und Notwehrhandlung und die daraus folgende Unterscheidung zwischen dem intensiven und dem extensiven Exzeß entbehrt jedoch des inneren Grundes. Daß sie zu unbilligen Ergebnissen führt, gibt Köhler zu,[1]) wenn er de lege ferenda dem Richter die Möglichkeit geben will, geringfügige Vergeltungshandlungen nach einem rechtswidrigen Angriff als fakultativen Gegenwert gegen diesen Angriff zu berücksichtigen, und dem Exzedenten Straffreiheit in solchen Fällen gewähren will. Die Unbilligkeit der Ergebnisse ist auch der Grund, warum Köhler die Bestimmung des § 53 Abs. 3 auch auf die Fälle der Putativnotwehr analog anwenden will.[2])
Das Gesetz zwingt aber überhaupt nicht zu einer solchen Unterscheidung. Denn die Gegenwärtigkeit des Angriffs gehört nicht zu den Voraussetzungen, d. h. zu den begriffswesentlichen Merkmalen des Tatbestandes der Notwehr.

---

[1]) Köhler, S. 358.
[2]) Ähnlich Lobe, Lpz. K. A. 8 a f. zu § 53.

Geschichtlich[1]) ist das Notwehrrecht das Überbleibsel des alten Racherechts. Seine Beschränkung auf die Verteidigung gegen gegenwärtige Angriffe ist eine von der erstarkenden Staatsgewalt im Interesse des Rechtsfriedens vorgenommene, also dem ursprünglichen Rechtsinstitut wesensfremde Umgrenzung. Rechtsphilosophisch betrachtet, ist der Grund der Rechtmäßigkeit der Notwehrhandlung die Anerkennung eines Naturtriebes, seine Rechtsstellung mit Gewalt zu behaupten, möglicherweise das zugefügte Unrecht wiedergutzumachen, zu sühnen, dessen Ausübung der Staat jedoch gewisse Grenzen gezogen hat.[2]) Er verlangt vom Notwehrübenden, daß er sich auf die zur Abwendung des Angriffs erforderliche Verteidigung beschränke, die Sühne und die Wiedergutmachung aber dem Staate überlasse. Es kann sich daher nur darum handeln, ob der Wortlaut des Gesetzes es trotzdem verbietet, auch die nachzeitige Gewalt als eine Notwehrüberschreitung anzusehen. Die Einfügung des Wortes „gegenwärtig" in die Definition der Notwehr kann dabei nicht ausschlaggebend sein. Sie bezweckt, wie oben gezeigt

---

[1]) Lobe, Lpz. Kom., Anm. 1 zu § 53. Es ist zwar gesagt worden, die Notwehr habe überhaupt keine Geschichte (Geib, Lehrb. II, S. 228). Dieser Satz ist aber nur insofern richtig, als bisher wohl keine Rechtsordnung die eigenmächtige Verteidigung des Rechts völlig verboten hat. Noch nie hat die Staatsgewalt für sich in so rigoroser Weise das Monopol für die Durchführung des Rechts in Anspruch genommen. Die Schranken des eigenmächtigen Rechtsschutzes waren aber bald mehr bald minder weit. Gerade die verschiedene Begrenzung des Notwehrrechts im Laufe der Zeiten bildet den Inhalt der Geschichte der Notwehr. Levita und Geyer haben sich vor allem um die Darstellung der Geschichte der Notwehr bemüht. Aus ihren Ausführungen ist in diesem Zusammenhange besonders bedeutungsvoll, daß die Eigenmacht ursprünglich das einzige Mittel zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung war (Rache- und Fehderecht). Die erstarkende Staatsgewalt mußte zu ihrer Selbstbehauptung diese Eigenmacht immer enger umgrenzen. Ihren Höhepunkt erreichte diese Entwicklung im Polizeistaat. Der Liberalismus der folgenden Zeit erweiterte diese Grenzen wieder. Die Notwehrbestimmung des § 53 StGB. ist der Niederschlag dieser Zeitströmung.

[2]) So Kantorowicz, aaO., S. 291, der die Meinung Oetkers, die Rechtsordnung würde sich selbst aufgeben, wenn sie die Notwehr nicht anerkenne, und mit dieser Feststellung sei die Notwehr rechtsphilosophisch hinreichend begründet, widerlegt. Die Geschichte und die rechtsphilosophische Betrachtung sind insofern für diese Arbeit von Wert, als sich daraus ergibt, daß der wesentliche Kern des Notwehrrechts der Kampf des Rechts gegen das Unrecht ist, daß aber alle anderen Bedingungen der Notwehr nur Grenzen, nicht wesentliche Voraussetzungen sind.

wurde, nur eine Verdeutlichung. Manche Strafgesetzentwürfe haben davon abgesehen, das Merkmal der Gegenwärtigkeit in die Begriffsbestimmung aufzunehmen. Daß trotzdem die Rechtswidrigkeit der vorzeitigen Gewalt auf einen Mangel der Voraussetzungen des Notwehrrechts zurückgeführt wurde, beruht darauf, daß in diesem Falle überhaupt noch kein Unrecht geschehen ist. Bei der nachzeitigen Gewalt ist aber bereits dem Angegriffenen Unrecht zugefügt worden. Freilich liegt auch hier kein Angriff mehr vor, und es ist daher eine Verteidigung nicht mehr möglich. Aber hier verbietet das Sprachgefühl nicht, die Fortsetzung der Verletzungshandlungen als eine Überschreitung der Grenzen der Verteidigung zu bezeichnen. Darin erblickt das Gesetze gerade den typischen Tatbestand der Notwehrüberschreitung. Wie wenig die herrschende Ansicht dem Wortlaut des § 53 Abs. 3 des Gesetzes gerecht wird, geht sehr deutlich aus dem oben mitgeteilten Ausspruch Lobes hervor, lediglich das zur Abwehr erforderliche Maß werde überschritten, wenn auch in § 53 Abs. 3 nur von einer Überschreitung der Grenze der Notwehr gesprochen werde. Lobe gibt also zu, daß der Wortlaut nicht zu der von ihm geteilten Ansicht zwingt, ja sogar, daß diese Auffassung zum Gesetzestext in einem gewissen Gegensatze steht. Es heißt, das Gesetz verbessern wollen, wenn man einen Notwehrexzeß trotzdem nur in der Überschreitung der „erforderlichen“ Verteidigung sieht. Das Gesetz spricht im Absatz 3 von den Grenzen der Verteidigung, nicht von den Grenzen der erforderlichen Verteidigung. Solange nicht praktische Ergebnisse zu der Annahme zwingen, der Wille des Gesetzes habe nicht im Wortlaut den richtigen Ausdruck gefunden, muß der Wortlaut beachtet werden. Die Ergebnisse der herrschenden Ansicht sind aber, wie noch später zu zeigen sein wird, nicht immer zu billigen. Es geht daher nicht an, zwischen einer Überschreitung der Verteidigung dem Maße und der Zeit nach zu unterscheiden. In beiden Fällen hat der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten. Übrigens würde auch die Einsetzung der Worte „erforderliche Verteidigung“ an Stelle des Wortes Notwehr im Absatz 3 des § 53 die von Binding[1]) daraus gezogene Folgerung nicht rechtfertigen. Verletzungshandlungen, die nach Beendigung des Angriffs vorgenommen werden, sind zur Abwendung des Angriffs gewiß nicht erforderlich. Aber ebensowenig sind allzu heftige Abwehr-

---

[1]) Binding, Handb., S. 752.

handlungen notwendig. Mit Recht führt dazu noch Seeger, und ihm folgend Heberlein,[1]) aus: „Hiergegen kann nicht einmal eingewendet werden, zwischen beiden Fällen bestehe der Unterschied, daß im ersteren die durch Notwehr gerechtfertigte Verteidigung in der wirklich zugefügten begriffen sei. Denn das trifft hier nicht überall (z. B. wenn Festnahme hingereicht hätte, aber Tötung erfolgt ist), — umgekehrt aber möglicherweise auch im anderen Falle zu (z. B. wenn der Angreifer während der Gefahr verwundet und hierauf, während er schon hierdurch wehrlos geworden war, etwa in ein und demselben Anlaufe getötet worden ist." Man kann also auch im Falle der nachzeitigen Gewalt von einer Überschreitung der erforderlichen Verteidigung sprechen. M. E. Mayer[2]) führt sogar den Fall der nachzeitigen Gewalt als Musterbeispiel einer Notwehrüberschreitung an, wenn er sagt, „häufig ereignet es sich, daß der Angegriffene seine Verteidigung übertreibt, etwa indem er dem schon wehrlosen Gegner noch zusetzt. Eine solche Überschreitung der erforderlichen Verteidigung (Notwehrexzeß) ist widerrechtlich."

Auch die nachzeitige Gewalt ist also eine Notwehrüberschreitung, wenn — und darin liegt eine wesentliche Einschränkung — die Verletzungshandlungen die Fortsetzung der Verteidigung darstellen. Zu dieser Einschränkung nötigt das Sprachgefühl. Nur wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Verteidigung und den nach Beendigung des Angriffs erfolgenden Verletzungshandlungen besteht, wenn diese also eine Fortsetzung der Abwehr darstellen, kann man von einer Überschreitung der Grenzen der Verteidigung sprechen. Ist jedoch zwischen der Beendigung des Angriffs und der Verletzungshandlung des Angegriffenen bereits ein Zustand des Rechtsfriedens eingetreten, so kann von einem Notwehrexzeß keine Rede mehr sein.[3]) Damit wird auch das Bedenken gegenstandslos, daß möglicherweise Taten niederen Hasses als Überschreitungen der Notwehr angesehen werden und der Strafe entgehen könnten. Für das geltende Recht ist diese Besorgnis ja schon deswegen unbegründet, weil ein Notwehrexzeß nur dann straflos bleibt, wenn er in Bestürzung, Furcht oder Schrecken begangen ist. Im geplanten Recht aber soll der Richter in jedem Falle der Notwehrüberschreitung die Strafe mildern

---

[1]) Heberlein, aaO., S. 30.

[2]) M. E. Mayer, S. 282; Hafter, S. 170, und die oben S. 8 Zitierten.

[3]) Heberlein, S. 31.

dürfen. Deshalb wird die Frage, ob Verletzungshandlungen, die der Angegriffene nach Beendigung des Angriffs vorgenommen hat, eine Fortsetzung der Verteidigung darstellt, stets geprüft werden müssen. Wird diese Prüfung aber vorgenommen, so dürften sich ungerechte Entscheidungen aus der hier vertretenen Ansicht nicht ergeben.

Die Beendigung des Angriffs bildet also die zeitliche Grenze des Notwehrrechts. Es entsteht daher die Aufgabe, darzulegen, wann der rechtswidrige Angriff beendet ist. Wenig Schwierigkeiten bietet diese Frage, wenn der Angreifer die geplante Rechtsverletzung selbst aufgibt, oder wenn diese aus anderem Grunde mißlingt. Läßt der Angreifer von seinem Vorhaben endgültig ab, oder wird der Angriff zurückgeschlagen, wird der Rechtsbrecher vielleicht festgenommen, so ist selbstverständlich damit die zur Verteidigung berechtigende Gefahr beendigt. Bestritten aber ist es, wann der gelungene Angriff beendet ist. Die herrschende Ansicht hält den Angriff solange für andauernd, als die Zufügung einer neuen oder die Vergrößerung der bereits eingetretenen Verletzung nach dem Verhalten des Angreifers unmittelbar zu befürchten ist. Demgegenüber will von Liszt in den älteren Auflagen seines Lehrbuchs[1]) die Beendigung des Angriffs mit der Vollendung der im Angriff liegenden strafbaren Handlung gleichsetzen. Z. B. soll, da der Diebstahl nicht schon mit der Ergreifung der Sache, sondern erst mit dem Bruche des Gewahrsams vollendet wird, Notwehr gegen den flüchtigen Dieb solange zulässig sein, als der Gewahrsam noch nicht völlig gebrochen ist. Zur Begründung beruft sich von Liszt auf § 859 BGB. Diese Bestimmung kommt aber nur dann in Betracht, wenn es sich um eine Besitzentziehung handelt. In allen anderen Fällen versagt die Begründung von Liszts. Vor allem aber ist zu beachten, daß der zur Notwehr berechtigende rechtswidrige Angriff gar keinem strafrechtlichen Tatbestand zu unterfallen braucht. Da auch eine privatrechtliche unerlaubte Handlung einen rechtswidrigen Angriff enthält, würde die Formulierung, daß mit der Vollendung des Verbrechens der Angriff beendet ist, nicht immer zutreffen. Darauf hat Schollmeyer[2]) zutreffend hingewiesen. Eb. Schmidt hat denn auch die abweichende Ansicht v. Liszt's aufgegeben.[3]) Es ist also heute unbestritten, daß nicht mit

---

[1]) von Liszt, 24. Aufl., S. 146.
[2]) Schollmeyer, aaO., S. 8.
[3]) von Liszt, 25. Aufl., S. 186.

Verwirklichung des strafrechtlichen Tatbestandes, sondern erst mit dem endgültigen Eintritt der Verletzung der Angriff beendet ist.[1])

Was hier über die nachzeitige Gewalt für das geltende Recht gesagt ist, muß auch für die Entwürfe Geltung haben. Auch in den Entwürfen ist das Notwehrrecht als Verteidigung definiert und damit die Reaktion des Angegriffenen gegen das zugefügte Unrecht auf die Verteidigung beschränkt. Auch hier müssen daher Verletzungshandlungen des Angegriffenen, die vermöge ihres engen zeitlichen Zusammenhanges mit der Abwehr sich als Fortsetzung der Verteidigung darstellen, als Notwehrüberschreitung angesehen werden. Schließlich gilt auch für die Entwürfe der Satz, daß nicht die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes, sondern der endgültige Eintritt einer Verletzung das Ende des gelungenen Angriffs bedeutet.

2. Zusammenfassung.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß die Voraussetzung des Notwehrrechts in einem rechtswidrigen Angriff besteht, daß es aber nach zwei Richtungen hin begrenzt ist, insofern, als bei seiner Ausübung das zur Abwehr erforderliche Maß eingehalten werden muß und der Notwehr übende nach Beendigung des Angriffs dem Angreifer keine Verletzungen mehr zufügen darf. Die Überschreitung dieser Grenzen stellt einen Notwehrexzeß dar.

Wann das richtige Maß eingehalten ist, kann nur objektiv, ohne Rücksicht auf die Vorstellungen des Verteidigers, unter Beachtung der konkreten Umstände festgestellt werden. Jede Verletzung des Angreifers ist eine Überschreitung der Grenzen der Notwehr, wenn ohne Preisgabe eines Rechtsguts, insbesondere der Ehre, der Angriff durch Ausweichen oder Anrufen von Hilfe beendet werden kann. Ist aber eine Verletzung des Angreifers zur Abwendung des Angriffs nötig, so muß dazu das Mittel angewandt werden, das den Angreifer am meisten schont. Gleichgültig ist dagegen nach geltendem Recht, ob durch die Verteidigung ein Rechtsgut verletzt wird, das weit wertvoller ist als das durch den Angriff gefährdete. Nach geplantem Recht ist dieses Wertverhältnis zu berücksichtigen, dabei darf aber nicht außer acht

---

[1]) Vgl. dazu RGSt. 61, 216/17. Wer es unternimmt, sich durch den Gebrauch einer Schußwaffe der Festnahme durch Polizeibeamte, die in berechtigter Ausübung ihres Amtes handeln, zu entziehen, begeht einen unausgesetzten Angriff auf seine Verfolger

gelassen werden, daß jeder böswillige Angriff eine Verletzung höchster immaterieller Güter enthält.

Die zeitliche Grenze des Notwehrrechts wird überschritten, wenn der Angegriffene oder der Nothelfer nach Beendigung des Angriffs Verletzungshandlungen vornimmt, die sich als Fortsetzung der Verteidigung darstellen, also in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Abwehr stehen. Der Begriff des Notwehrexzesses kann danach folgendermaßen bestimmt werden: Eine Überschreitung der Notwehr liegt vor, wenn der Täter sich selbst oder einen anderen gegen einen rechtswidrigen Angriff heftiger verteidigt, als zur Rechtsbehauptung notwendig ist, oder wenn er nach Beendigung des Angriffs den Angreifer durch Handlungen verletzt, die sich als Fortsetzung der Verteidigung darstellen.

II. Teil

Die strafrechtliche Behandlung der Notwehr-überschreitung

1. Die Sondernormen über den Notwehrexzeß und ihre systematische Stellung.

Jede Rechtsgüter verletzende Notwehrüberschreitung ist rechtswidrig. Der Angreifer ist seinerseits also zur Gegennotwehr nach allgemeiner Meinung befugt.[1]) Unterfällt der Notwehrexzeß einem strafrechtlichen Tatbestand, so sind die objektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt.

Es bleibt aber zu prüfen, ob der Täter schuldhaft gehandelt hat, d. h., ob ihm aus der Tat ein Vorwurf gemacht werden kann. Gerade im Falle des Notwehrexzesses wird es an dieser Voraussetzung sehr häufig fehlen. Es ist zu berücksichtigen, daß jeder Notwehrüberschreitung ein rechtswidriger Angriff vorangegangen ist, und daß der Angegriffene gewöhnlich in einen Zustand der Erregung versetzt ist, der die Verantwortlichkeit für seine Taten überhaupt in Frage stellt oder doch mindert. Das Gesetz hat dieser besonderen Sachlage Rechnung getragen. Es läßt den Täter dann straflos, wenn er in Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Grenzen der Verteidigung überschritten hat (§ 53, III). Ebenso wie das geltende Recht enthalten die Strafgesetzentwürfe für den Fall der Notwehrüberschreitung eine Sonderbestimmung.[2]) Es sollte demnach nicht zweifelhaft sein, daß

---

[1]) Zu einem anderen Ergebnis kommen möglicherweise die Vertreter der Ansicht, daß Notwehr nur gegen böswillige rechtswidrige Angriffe zulässig ist. Der Notwehr übende kann eventuell schuldlos infolge seiner Erregung die Intensität oder die Dauer des Angriffs überschätzen. Eine objektiv übermäßige Gegenwehr wäre dann nicht als böswilliger Angriff zu bezeichnen. Eine Auseinandersetzung mit dieser Ansicht gehört jedoch nicht in den Rahmen dieser Arbeit über die Grenzen des Notwehrrechts.

[2]) Der deutsche Vorentwurf von 1909 bestimmt in § 66 Abs. 2: überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr, so können

alle diese bestehenden oder geplanten Vorschriften ihre sachliche Berechtigung daraus herleiten, daß in den von ihnen getroffenen Fällen des Notwehrexzesses das allgemeine Deliktsmerkmal der Schuld fehlt.

Die Sondernormen über den Notwehrexzeß müssen also unter die sog. Entschuldigungsgründe eingereiht werden. Nur hier finden sie ihren richtigen Platz im Gefüge der allgemeinen Lehren des Strafrechts.

---

hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) angewendet werden. Hat der Täter in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung gehandelt, so ist er straflos. Ähnlich bestimmt der Entwurf von 1913 in § 27 Abs. 3: Hat der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten, so kann die Strafe nach § 115 gemildert werden; handelte er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so bleibt er straflos.

Fast wörtlich stimmt damit § 21 Abs. 3 des Entwurfs von 1919 überein:

Hat der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§ 111); handelte er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so ist er straffrei.

Schließlich bestimmt der amtliche Entwurf von 1925 in § 21 Abs. 3:

Hat der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§ 72); ist die Überschreitung wegen Aufregung oder Bestürzung entschuldbar, so ist er straffrei.

Beinahe wörtlich stimmt damit § 24 Abs. 3 des Entwurfs von 1927 überein. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der in Bezug genommene Paragraph der § 73 ist und daß der Entwurf von 1927 anstelle der weiten Begriffe Aufregung und Bestürzung wieder, wie das geltende Gesetz, die Ausdrücke Bestürzung, Furcht oder Schrecken gebraucht. § 24 Abs. 3 des E. 1927 lautet demnach wörtlich: Hat der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§ 73); ist die Überschreitung wegen Bestürzung, Furcht oder Schrecken entschuldbar, so ist er straffrei.

§ 73 lautet: Wird die ordentliche Strafe nach einer der Vorschriften, die eine Milderung vorschreiben oder zulassen, gemildert, so tritt an die Stelle von Todesstrafe lebenslanges Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter drei Jahren, an die Stelle von lebenslangem Zuchthaus Zuchthaus nicht unter drei Jahren, an die Stelle lebenslanger Einschließung Einschließung nicht unter drei Jahren. Ist eine zeitige Freiheitsstrafe angedroht, so darf höchstens auf Dreiviertel des angedrohten Höchstmaßes erkannt werden. Ist ein erhöhtes Mindestmaß angedroht, so kann auf das gesetzliche Mindestmaß herabgegangen werden. Anstelle von zeitigem Zuchthaus kann auf Gefängnis nicht unter drei Monaten, an Stelle zeitiger Einschließung bei Verbrechen auf Einschließung nicht unter drei Monaten erkannt werden, bei Vergehen kann das Gericht an Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten auf Geldstrafe erkennen, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann.

Zwar kann das für das geplante Recht nicht zweifelhaft sein.[1]) Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzesvorschlags ist der Täter straffrei, wenn die Überschreitung der Notwehr wegen Aufregung oder Bestürzung, bezw. wegen Bestürzung, Furcht oder Schreckens *entschuldbar* ist. An dieser Auffassung kann auch der Satz der Begründung zum Entwurf 1927 nichts ändern, wonach die Strafmilderung oder die Straffreiheit nur dem an der Tat als Täter oder Teilnehmer Beteiligten zugute kommen solle, in dessen Person die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Diese Bemerkung in der Begründung könnte selbst dann nicht die aus dem klaren Wortlaut des Gesetzesvorschlags hergeleitete Ansicht beeinflussen, wenn sie zu ihr im Gegensatz stünde. In der Tat besteht kein solcher Widerspruch. Die Begründung spricht mit diesem Satz nur eine Folge aus, die sich aus der im Entwurf 1927 vorgesehenen Regelung der Teilnahme ergibt. Der Entwurf macht ja die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht mehr davon abhängig, daß der Täter rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Er bricht mit dieser allzu strengen Form der Teilnahme.

Aber auch für das geltende Recht sollte es nicht zweifelhaft sein, daß die Bestimmung des § 53 Abs. 3 ein Entschuldigungsgrund ist. Jedoch sind hier die Ansichten geteilt, ja, die wohl noch herrschende Meinung erblickt in der Vorschrift nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund.[2])

Von den Vertretern dieser Auffassung versuchen Oppenhoff und Schwartz, ihre Ansicht mit einem Hinweis auf die von §§ 51, 52, 53 Abs. 1, 54 abweichende Fassung des § 53 Abs. 3 zu begründen. Das Gesetz sagt hier nämlich nicht, wie in § 51 usw.: eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn ..., sondern bestimmt, daß die Überschreitung der Notwehr nicht strafbar sei, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen sei. Kein unbefangener Leser des Gesetzes wird aber aus dieser anderen Fassung entnehmen

---

[1]) Vgl. von Liszt-Schmidt, 1927, S. 189, Anm. 14.

[2]) Herrschende Meinung: Oppenhoff, A. 14 zu § 53; Frank, A. III, 3 zu § 53; Schwartz, A. 4 zu § 53; Wachenfeld, Lehrb., S. 120; M. E. Mayer, S. 283; Allfeld, S. 129, N. 38; Gerland, S. 115; Köhler, S. 359; Liszt-Schmidt, 24. Aufl., S. 147; die frühere Auflage von Olshausen, Anm. 18 zu § 53. Dagegen nehmen einen Schuldausschließungsgrund an Lobe, Lpz. Kom., A. 4 zu § 53; von Liszt-Delaquis-Kohlr., A. 8 zu § 53; v. Liszt-Schmidt, 1927, S. 189, N. 14 u. S. 270; Olshausen, 1927, A. 18 zu § 53; Kohler, Leitfaden, S. 49.

können, daß das Gesetz hier etwas anderes sagen wollte als in den §§ 51 usw., zumal es nicht den Täter für straffrei, sondern die Überschreitung, also die Tat als solche, für nicht strafbar erklärt. Übrigens weist Lobe[1]) treffend darauf hin, daß es in den Motiven zum Entwurf des geltenden Gesetzes heißt: Es ist der Notwehr gleichzuachten, wenn der Täter aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Grenze überschreitet. Dem Gesetzgeber lag es also fern, durch die andere Fassung einen sachlichen Unterschied andeuten zu wollen.

Der innere Grund für diese engherzige Gesetzesauslegung ist wohl folgender: Eine strafbare Teilnahme an dem straflosen Exzeß ist unmöglich, wenn man in der Vorschrift des § 53 Abs. 3 einen Entschuldigungsgrund sieht. Dieser Konsequenz will man aus dem Wege gehen. Es geht aber nicht an, unbillige Folgen, die sich aus der Regelung der Teilnahme im geltenden Recht ergeben, dadurch zu umgehen, daß einer Bestimmung, die ihrer Natur nach ein Schuldausschließungsgrund ist, diese Natur abgesprochen wird. Der Fehler liegt bei der Teilnahmelehre. Auf diesem Gebiet ist also Abhilfe zu suchen. Übrigens führt die hier vertretene Ansicht zu keinen ungerechten Folgen. Handelte der Exzedent in seiner Gemütsbewegung nicht schuldhaft, so ist durch seine Handlung der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Tun der anderen Beteiligten und der Rechtsgüterverletzung nicht unterbrochen. Die Beteiligten können deshalb als mittelbare Täter zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie sich nicht in einer gleichen inneren und äußeren Lage befanden, wie der Exzedent selbst.[2])

Der beste Beweis für die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung dürfte durch einen Vergleich der Bestimmung über die Straffreiheit des Notwehrexzesses mit den anderen persönlichen Strafausschließungsgründen erbracht werden. Ganz allgemein wird die Straffreiheit fremder Landesherrn, fremder Staatspräsidenten, ausländischer Gesandten und Missionen und ihrer Familienangehörigen und ausländischer Truppenkörper auf einen persönlichen Strafausschließungsgrund zurückgeführt. Desgleichen ist hierher Artikel 36 der RV. zu rechnen (Straflosigkeit eines Volksvertreters für die in Ausübung seines parlamentarischen Berufs getanen Äußerungen), weiter gehört zu den persön-

---

[1]) Lobe a. a. O.
[2]) Vgl. Olshausen, 1927, Anm. 18 zu § 53.

lichen Strafausschließungsgründen die Bestimmung über die Straffreiheit des Ehegatten oder des Aszendenten im Falle des § 247 StGB. und die über die Straflosigkeit Angehöriger im Falle des § 257 StGB. Allein eine solche Gegenüberstellung dürfte gnügend klar dartun, daß die Vorschrift des § 53 Abs. 3 StGB. in die Gruppe der persönlichen Strafausschließungsgründe nicht eingereiht werden kann. Völkerrechtliche und staatspolitische Gesichtspunkte begründen in diesen Fällen die Straflosigkeit.[1]) Rein äußerlichen Beziehungen des Täters, die mit der strafrechtlichen Wertung nichts zu tun haben, wird damit Rechnung getragen.[2]) Ganz anders in dem Falle der Notwehrüberschreitung. Hier sind es die Motive des Täters, die eine besondere strafrechtliche Würdigung des Falles erheischen.

M. E. Mayer[3]) erkennt diese Tatsachen ganz klar. Er betont, daß es eine Frage der Zurechenbarkeit, also der Schuld sei, ob der Täter bei einem Notwehrexzeß stets strafbar sei. Häufig werde man seine Schuld verneinen müssen, weil seine Motive so beschaffen sein könnten, daß der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit nicht erhoben werden könne. Trotzdem lehnt er es ab, die Vorschrift des § 53 Abs. 3 als einen Entschuldigungsgrund anzusprechen. Das geltende Recht bestimme, daß der Täter in jedem Falle straflos bleiben müsse, wenn er in Bestürzung, Furcht oder Schrecken gehandelt habe, ganz gleichgültig, ob diese Affekte unbegründet gewesen seien. Andererseits müsse der Exzeß, der aus einer anderen Gemütsbewegung heraus begangen sei, die volle Entschuldigung gewähre, aber im Gesetz nicht genannt sei, als vorsätzliches oder fahrlässiges Delikt bestraft werden. Damit habe das geltende Recht den Erwägungen über die Zurechenbarkeit den Boden entzogen.

Es ist zuzugeben, daß die Regelung des Notwehrexzesses im heutigen Rechte unangemessen ist, daß, um mit M. E. Mayer zu reden, die Zurechnung, diese feinste Leistung der Strafrechtspflege, durch eine grobe Regel mattgesetzt wird. Aber diese Tatsache nötigt nicht zu der von Mayer daraus gezogenen Folgerung. Wenn das Gesetz fehlerhafterweise die Straflosigkeit des Exzedenten nur an einige Affekte knüpft, und andere Gemütsbewegungen nicht berücksichtigt, die ebenfalls den Täter entlasten können, so

[1]) Hegler, ZStW., 36, 229.
[2]) So treffend von Liszt-Schmidt, 1927, S. 232, N. 5.
[3]) M. E. Mayer, Lehrb., Seite 282.

darf dieser Fehler nicht dadurch vergrößert werden, daß die Wissenschaft vor der wahren Natur der Vorschrift die Augen verschließt. Denn in einer solchen Bestimmung kann trotz mangelhafter Form ein Gedanke von allgemeiner Bedeutung stecken, dessen Herausarbeitung Aufgabe der Wissenschaft und dessen sinngemäße Anwendung Aufgabe der Praxis ist.

Übrigens ist Mayer auch nicht seiner Ansicht immer getreu. Er erblickt auch in dem Notstand des § 54 StGB. einen Entschuldigungsgrund.[1]) Und doch hält er auch diese Vorschrift wohl mit der ganz überwiegenden Meinung für viel zu eng, um damit alle Fälle angemessen zu regeln. Andererseits kann auch hier der Fall eintreten, „daß der eigene Notstand, oder namentlich der Notstand des Angehörigen den Täter keineswegs erheblich bedrückt, daß also eine Vermeidung des rechtswidrigen Verhaltens durchaus zumutbar gewesen wäre."[2]) Trotzdem läßt sich M. E. Mayer durch die mangelhafte Fassung des Gesetzes bei der systematischen Einordnung der Notstandsbestimmung in das Gefüge des Ganzen nicht beirren.

M. E. Mayer gelangt also beim Notwehrexzeß von einem richtigen Ausgangspunkt zu einer unhaltbaren Folgerung. Richtig ist, daß die Vorschrift des § 53 Abs. 3 in einer Hinsicht zu eng, in anderer Beziehung zu weit ist, und daß durch ihre starre Form jede Erwägung des Richters über die Vorwerfbarkeit der Tat abgeschnitten ist. Diese Erkenntnis kann aber nicht dazu führen, die Straffreiheit des Exzedenten, die an das Vorliegen rein seelischer Tatsachen geknüpft ist, auf gleiche Stufe zu stellen mit der Straflosigkeit etwa des Volksvertreters oder des fremden Gesandten. Die Norm des § 53 Abs. 3 bleibt trotz der unglücklichen Fassung eine Vorschrift über die strafrechtliche Wertung einer rechtswidrigen Tat. Sie ist ein Versuch, die beim Notwehrexzeß stets auftauchende Frage der Zurechenbarkeit gesetzlich ein für allemal zu lösen. Das besagen auch, worauf Lobe[3]) wiederum richtig hinweist, die Motive. Dort heißt es: „Die im Affekt erfolgte Überschreitung der Notwehr ist ebenfalls nicht strafbar, da sie nur die unverschuldete Überschreitung des Rechts ist." Bei dieser Regelung ist das Gesetz von der Erfahrungstatsache ausgegangen,

---

[1]) M. E. Mayer, Lehrb., S. 304.
[2]) von Liszt-Schmidt, 1927, S. 268.
[3]) Lobe, Lpz. Kom., § 53, N. 5.

daß der Notwehr übende durch den rechtswidrigen Angriff meistens in einen Zustand stärkster seelischer Erregung versetzt wird, derentwegen er für seine Tat nicht verantwortlich zu machen ist. Der Gesetzgeber von 1871 hat irrtümlich angenommen, mit den Ausdrücken Bestürzung, Furcht oder Schrecken alle Gemütsbewegungen zu beschreiben, denen eine solche, die Verantwortung des Täters ausschließende Wirkung zukomme. Das Gesetz hat also einen erfahrungsgemäß häufigen Fall, in dem ein Schuldvorwurf nicht am Platze ist, vertatbestandlicht. Es hat damit dem Richter die Aufgabe abgenommen, im einzelnen Falle zu prüfen, ob die Überschreitung entschuldbar war, weil der Täter infolge der außerordentlichen Situation in so starke Affekte versetzt war, daß ihm kein Vorwurf aus seinem Tun gemacht werden kann. Solche Schuldüberlegungen hat das Gesetz aber nicht bloß überflüssig gemacht, sondern für den Fall, daß Bestürzung, Furcht oder Schrecken vorlag, geradezu verboten. Es hat eine unwiderlegliche Vermutung für die Schuldlosigkeit des Täters aufgestellt.[1])

Der hier vertretene Schuldbegriff.

Der richtigen Einordnung der Vorschrift des § 53 Abs. 3 StGB. in das System der allgemeinen Lehren steht nun freilich bei vielen Schriftstellern eine unrichtige Auffassung des Schuldbegriffs entgegen. Wer etwa, wie von Liszt in den älteren Auflagen seines Lehrbuchs, den Vorwurf vorsätzlichen und damit schuldhaften Handelns lediglich an die Kenntnis des Täters von sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatumständen knüpft,[2]) der kann im § 53 Abs. 3 keinen Schuldausschließungsgrund sehen. Denn es ist zweifellos denkbar, daß der Exzedent in diesem Sinne vorsätzlich handelt, wenn er etwa aus Furcht einen Angreifer tötet. Von Liszt mißt deshalb folgerichtig dem Irrtum über das Vorliegen von Tatsachen, die zur Notwehr berechtigen würden (Putativnotwehr), keine die Schuld ausschließende Bedeutung bei. Ebensowenig kann er naturgemäß bei einer Überschreitung der Notwehr den Affekten des Täters entschuldigende Wirkung einräumen.

Diese Schwierigkeit wird auch nicht dadurch behoben, daß man zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordert. Wird darunter das Wissen um das strafrechtliche Verbot verstanden, gegen das die fragliche Tat verstößt, so

---

[1]) So von Liszt-Schmidt, 1927, S. 188, Note 13, und S. 267.
[2]) Vgl. von Liszt, 24. Aufl., S. 173.

muß diese Ansicht abgelehnt werden. Sie macht die Strafbarkeit des Täters von seiner Paragraphenkenntnis abhängig und verlangt von ihm die Fähigkeit, einen Sachverhalt unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren, die schließlich nur von einem Juristen zu erwarten ist. Es muß gegen diese Ansicht auch eingewandt werden, daß die Rechtswidrigkeit kein Tatumstand, sondern ein Werturteil ist, „das in der Innenwelt des Richters zustande kommt."[1]) Schließlich wäre nach dieser Ansicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gleichbedeutend mit der Kenntnis der Strafbarkeit. Es kann aber nicht angehen, einem Irrtum über die Strafbarkeit Bedeutung beizulegen. Denn damit würde gefordert, daß die Furcht vor der Strafe bestimmenden Einfluß auf die Entschlüsse des Täters gewonnen hat. „Er mag von der Verwerflichkeit seines Tuns durchdrungen gewesen sein, die Überzeugung, daß die verletzte Pflicht keine staatliche Anerkennung gefunden hat, rettet ihn."[2])

Binding will diese Konsequenz vermeiden, indem er unter Rechtswidrigkeit Ungehorsam gegen die Normen, unter Bewußtsein der Rechtswidrigkeit also die Kenntnis des Täters von seinem Ungehorsam gegen die Normen versteht.[3]) Aber dieses Bewußtsein wird niemals gegeben sein. Niemals wird in einem Rechtsbrecher, wenn er sich überhaupt über die Beziehung zwischen seinem verbrecherischen Verhalten und dem Staat und dessen Normen Gedanken macht, das Gefühl der Unbotmäßigkeit gegen diese Normen auftauchen. Soll trotzdem der Täter bestraft werden, so wird stets das Bewußtsein des Ungehorsams fingiert werden müssen. An diesem Widerspruch mit den Tatsachen des Lebens scheitert die Lehre Bindings, ganz abgesehen davon, daß eine Aufzählung der Normen im Sinne Bindings bisher nicht gelungen ist.[4])

Faßt man aber in diesem Zusammenhange den Begriff der Rechtswidrigkeit weiter, etwa so, wie der Entwurf von 1927 den von ihm in § 20 verwendeten Begriff des Unrechtmäßigen verstanden wissen will, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß zum Vorsatz nur das Bewußtsein der Sozialschädlichkeit gehöre. Denn unter dem Begriff des Unrecht-

---

[1]) M. E. Mayer, Lehrb., S. 9.
[2]) M. E. Mayer, Lehrb., S. 233.
[3]) Binding, Normen, I, S. 403 ff.
[4]) Vgl. dazu von Liszt-Schmidt, 1927, S. 110, N. 2 und zu der Frage überhaupt Graf zu Dohna, Recht u. Irrtum, 1925, S. 7 ff. u. neuerdings Stienen, Monatsschr. f. Krim.-Psych., 1927, S. 353.

mäßigen versteht der Entwurf den Widerspruch einer Tat zu dem Sinn und Zweck der Rechtsordnung.[1]) Nun ist es aber der Zweck der Rechtsordnung, das soziale Zusammenleben zu regeln. Diesem Zwecke läuft das sozialschädliche Verhalten zuwider. Es ist also unrechtmäßig im Sinne des Entwurfs. Der Entwurf 1927 fordert nun freilich, wie die Begründung sagt, nur die Möglichkeit der Erkenntnis der Sozialschädlichkeit zur Schuld und läßt, selbst wenn diese Möglichkeit infolge eines verschuldeten Rechtsirrtums nicht bestand, Bestrafung wegen einer vorsätzlichen Handlung eintreten. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das richtig ist. Denn in keinem Falle ist damit der Weg zu einer richtigen Einordnung der Vorschrift über den Notwehrexzeß und der Notstandsbestimmung geebnet. Gesetzt den Fall, der Notwehr übende tötet den Angreifer, obwohl er weiß, daß zur Abwendung des augenblicklichen Angriffs eine Drohung genügt hätte, weil er fürchtet, daß der Angriff sich alsbald wiederholen werde und dann nicht mehr werde zurückgeschlagen werden können. Kann in diesem Falle die Strafbarkeit davon abhängen, ob der Täter sich der Rechtswidrigkeit bezw. der Sozialschädlichkeit bewußt war? Es kann doch wohl nichts ausmachen, ob in dem Täter die Pflichtvorstellung aufgetaucht ist, er aus Furcht der von ihm erkannten Pflicht aber nicht gefolgt ist, oder ob der Affekt es überhaupt verhindert hat, daß eine solche Pflichtvorstellung in dem Täter wach wurde. Auch das Gesetz macht ja die Straflosigkeit nicht davon abhängig, daß sich der Täter infolge seiner seelischen Erregung über das Vorliegen von Tatumständen oder die Sozialschädlichkeit seines Tuns geirrt hat. Nichts berechtigt uns, die Anwendung der Vorschrift des § 53 Abs. 3 davon abhängig zu machen, ob der Täter durch die genannten Affekte verhindert war, die Grenzen der Verteidigung und die Pflichtwidrigkeit ihrer Überschreitung zu erkennen.

Unerklärlich bleibt es auch, wenn man zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechts- oder der Pflichtwidrigkeit fordert, weshalb nur bei Bestürzung, Furcht oder Schrecken der Täter straflos bleiben soll. Auch Jähzorn und Wut werden regelmäßig die Pflichterkenntnis verhindern, und doch würde sich unser Rechtsgefühl entschieden sträuben, sollte auch bei

[1]) Begründung, S. 20, vgl. dazu Mittermaier, Monatsschr. f. Krim.-Psych., 1926, S. 346. Er weist darauf hin, daß Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gleich dem Bewußtsein der Sozialschädlichkeit ist. Die Begriffe Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit oder der Unsittlichkeit bedeuten dasselbe.

Exzessen aus derartigen Beweggründen der Täter straflos bleiben.

Dieselben Schwierigkeiten entstehen bei dem Versuch, die Straflosigkeit des Täters in den Fällen der §§ 52 und 54 StGB. zu erklären. Hier ist nun freilich nicht bloß fraglich, ob man die Straflosigkeit auf einen persönlichen Strafausschließungsgrund[1]) oder auf mangelnde Schuld zurückführen könne. Es wird auch eine dritte Ansicht vertreten, wonach die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein soll.[2]) Aber diese Ansicht ist vom sittlichen Standpunkt höchst bedenklich. Denn eigene Bedrängnis und Not kann doch eine Tat nicht rechtfertigen, mit der jemand eine Gefahr oder einen Schaden von sich auf seinen Nächsten abwälzt. Es ist deshalb nicht einzusehen, wieso der Notstand etwas zum Recht macht, was sonst Unrecht ist.[3]) Die einzige Stütze der hier bekämpften Ansicht ist sonach nur die Tatsache, daß das Gesetz die Notstandshandlung unbestraft läßt. Aber nur eine oberflächliche Betrachtung folgert daraus, daß das positive Recht eine Verletzungsbefugnis habe statuieren wollen. Denn „wer sich nicht dazu verstehen mag, den Begriff der rechtmäßigen Handlung als ein Produkt willkürlicher Rechtssatzung aus den Händen eines gesetzgeberischen Despoten demütig und gehorsam hinzunehmen, wer an die Rechtsordnung die höhere Aufgabe stellt, daß ihre Gebote einer über die formale Seite hinausgehenden sachlichen Rechtfertigung fähig seien, den wird eine solche Konstruktion schwerlich befriedigen."[4]) Und wir dürfen annehmen, daß die Vorschriften über den Notstand einem Versuche, sie sachlich zu rechtfertigen, standhalten. Wir dürfen vermuten, daß der Gesetzgeber die ethische Pflicht, eigene Gefahr nicht auf andere abzuwälzen, sondern selbst zu bestehen, nicht hat leugnen wollen, daß er nicht bestimmen wollte, im Falle des Notstandes sei jede Rechtspflicht aufgehoben, sondern nur verhindern wollte, daß dem Täter ein Vorwurf daraus gemacht werde, wenn er in

[1]) So Finger, I, 421 u. 428; Olshausen, N. 14. Einen Schuldausschließungsgrund nehmen an Frank, A. 3 zu § 52 u. A. 3 zu § 54; Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 127; derslb. i. ZStW., 33, 127; M. E. Mayer, S. 304; Lobe, Lpz. Kom., A. 1 zu § 54; Hegler, Z. 36, S. 214; Mezger, G.S., 89, S. 313.

[2]) Binding, Handb., S. 765; v. Liszt-Schmidt, 24. Aufl., S. 149; Allfeld, S. 130; Wachenfeld, S. 122; Gerland, S. 115; v. Hippel, Z. 42, 419.

[3]) So Geyer, Lehrb., S. 100, zit. nach Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 125,

[4]) Vgl. Graf zu Dohna, Rechtwidr., S. 125.

Not die bestehende ethische und rechtliche Pflicht verletzt habe. Er soll dann nicht bestraft werden, wenn er aus Not so gehandelt hat, wie jeder in seiner Lage gehandelt haben würde, wenn ihm billigerweise nicht zuzumuten war, daß er die Handlung ungetan ließ.[1]) Die Pflicht bleibt also trotz der Not bestehen, aber die Bedrängnis des Täters verhindert, daß er der Pflicht nachkommt. Es wäre pharisäerhaft, trotzdem einen Schuldvorwurf zu erheben.[2])

Dabei muß wiederum gleichgültig sein, ob der Täter sich bewußt war, gegen eine Rechtspflicht zu verstoßen, oder nicht. Hier wird der Fall, daß der Handelnde dieses Bewußtsein hatte, viel häufiger sein als im Falle eines wegen Bestürzung entschuldbaren Notwehrexzesses. Denn der Zustand der gegenwärtigen Gefahr, zu dessen Beseitigung die Notstandshandlung vorgenommen wird, kann, wie das Reichsgericht mehrfach ausgesprochen hat, ein Dauerzustand sein, währenddessen der unmittelbare Eintritt des schädigenden Ereignisses zu befürchten ist. Er kann sich über Monate erstrecken. „Wenn dann der Bedrohte aus irgend welchen Gründen zunächst von einem Eingreifen absieht, so wird seine Abwehrhandlung nicht dadurch strafbar, daß sie erst einige Zeit nach dem Eintritt der die Abwehr rechtfertigenden Gefahr vorgenommen wird.“[3]) Das Reichsgericht hält es also für gleichgültig, welche Motive den Täter veranlaßt haben, nicht sofort bei Eintritt des Gefahrzustandes die zu seiner Beseitigung erforderliche Handlung zu begehen. Sehr wohl kann auch das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit dieser Tat motivierend gewirkt haben. Das ist sogar im Falle der oben zitierten Entscheidung als sicher anzunehmen. Die Angeklagte hatte ihr seit längerer Zeit baufälliges Haus in Brand gesteckt, weil sie annahm, nur so von den Behörden eine andere Unterkunft zu erhalten, ein Verbleiben in dem

---

[1]) Vgl. Freudenthal, Schuld u. Vorwurf, S. 1 u. 10.

[2]) Dieser Ansicht stehen die Bestimmungen der §§ 228 u. 904 BGB. nicht im Wege. Hier ist nicht jede zur Beseitigung der Not erforderliche Tat für rechtmäßig erklärt. Zunächst beschränken sich diese Bestimmungen auf Verletzungen von Sachgütern. Sie machen aber weiter — und darin liegt der grundlegende Unterschied zu den §§ 52 und 54 StGB. – die Rechtmäßigkeit einer Notstandshandlung davon abhängig, daß der Täter durch seine Handlung höherwertige Interessen schützt, als er vernichtet. In solchen Fällen ein Notrecht zu statuieren, ist sinnvoll. Es liegt im Interesse der Gesamtheit und damit im Aufgabenkreise der Rechtsordnung, daß das überwiegende Rechtsgut auf Kosten des minderwertigen erhalten wird. (Vgl. Kohlrausch, Reform, 1926, S. 19).

[3]) RGSt. 59, 71.

Hause aber mit ständiger Lebensgefahr verbunden war. Monatelang hatte sie mit dieser Tat gezögert. Es kann mit Sicherheit angenommen werden, daß sie in voller Erkenntnis, damit etwas normalerweise Verbotenes zu tun, das Haus angezündet hat. Trotzdem ist sie freigesprochen worden. Das Reichsgericht hat dieses von menschlichem Verstehen zeugende Urteil des Schwurgerichts bestätigt. Ebenso wird in dem in RGSt. 60, S. 319 ff. abgedruckten Urteile der Freispruch erfolgt sein, obwohl der Angeklagte das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit hatte. Er hatte seinen Vater getötet, weil dieser, ein roher und jähzorniger Mensch, die Mutter des Angeklagten mißhandelt und mit weiteren derartigen Ausschreitungen gedroht hatte. Es stand zu befürchten, daß die Mutter des Angeklagten eine neue Mißhandlung nicht überleben werde. Im Augenblick der Tötung lag aber die letzte Mißhandlung 20 Stunden zurück und unmittelbar war eine neue Ausschreitung nicht zu erwarten. Hier steht fest, daß der Angeklagte die Tötung des Vaters zuvor ernstlich erwogen und erst nach einigem Schwanken durchgeführt hat. Es ist mit voller Sicherheit anzunehmen, daß die Vorstellung der schweren Bluttat des Vatermordes die Erkenntnis der widerstreitenden Pflicht wachgerufen hat. Aber der Täter ist dieser Pflicht nicht nachgekommen. Er ist vom Schwurgericht wegen Notstandes freigesprochen worden, das Reichsgericht hat dieses Urteil bestätigt.

Beide Urteile sind, vom menschlichen Standpunkt aus gesehen, wie das Rechtsgefühl wohl zweifelsfrei bestätigt, gerecht. Logisch wären sie aber nicht haltbar, wenn der Schuldvorwurf lediglich an psychologische Merkmale geknüpft werden müßte. Wissenschaftlich sind derartige Entscheidungen vielmehr nur dann zu begründen, wenn neben dem psychologischen ein normatives Element zum Vorsatzbegriff gehört. Ein solches normatives Element wird auch zur Fahrlässigkeit verlangt. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit wird ganz allgemein nicht bloß davon abhängig gemacht, ob der Täter den Erfolg bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vorausgesehen hätte, sondern auch davon, ob er zur Aufwendung dieser Sorgfalt imstande war. Hier wird geprüft, ob an das Können des Täters nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, wenn von ihm die Anwendung der Sorgfalt verlangt wird, ohne die er den Erfolg nicht voraussehen und deshalb nicht vermeiden konnte. Man begnügt sich nicht mit der Feststellung, daß der Täter pflichtwidrig gehandelt hat, sondern fragt weiter, ob von ihm überhaupt nach Lage aller

die Tat begleitenden Umstände ein pflichtgemäßes Verhalten zu erwarten war. Freudenthal[1]) betont mit Recht, daß damit zur leichteren Schuldart mehr gefordert wird als zur schwereren. „Was der Fahrlässigkeit recht ist, sollte dem Vorsatze nicht unbillig sein",[1]) zumal ja beide Begriffe Arten des gleichen Oberbegriffes, nämlich der Schuld, sein sollen. Aber auch der Satz, daß Fahrlässigkeit und Vorsatz Schuldformen sind, müßte bei konsequenter Durchführung der heute herrschenden Vorsatzlehre geleugnet werden. Denn der Vorsatz und die unbewußte Fahrlässigkeit haben tatsächlich nach heute herrschender Lehre kein gemeinschaftliches Merkmal. Trotzdem sträuben sich unsere kulturellen Anschauungen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des in unbewußter Fahrlässigkeit handelnden Täters auf das Prinzip der Erfolgsverhaftung zurückzuführen.

Alle diese Tatsachen, die Unmöglichkeit, zu erklären, warum die Notwehrüberschreitung bei Bestürzung, Furcht oder Schrecken und die Notstandshandlung in den Fällen der §§ 52, 54 StGB. straflos bleibt, und die weitere Unmöglichkeit, in den Begriffen des Vorsatzes und der unbewußten Fahrlässigkeit ein gemeinsames Merkmal aufzuzeigen, das uns berechtigt, beide als Arten der Schuld aufzufassen, zeigen die Brüchigkeit des herkömmlichen Schuldbegriffs und zwingen zu seiner Überprüfung.

Dabei muß auf den Inhalt eines jeden Schuldvorwurfs zurückgegangen werden. Die Frage, was wir dem Täter vorwerfen, wenn wir seine objektiv rechtswidrige Tat als schuldhaft verurteilen, bedarf der Beantwortung. Die Antwort wird gefunden durch eine Besinnung auf die doppelte Funktion der Rechtsordnung. Diese bietet nicht bloß den Maßstab für die Wertung einer Tat als einer der Gemeinschaft schädlichen oder unschädlichen, sondern sie wendet sich auch zugleich an die Volksgenossen mit dem Anspruch, daß sie sich in ihrer Willensbildung von der durch die Rechtsordnung vorgenommenen Wertung der Taten bestimmen lassen. „Neben die Funktion des Rechts als Wertungsnorm tritt . . . die gleichbedeutsame Funktion als Bestimmungsnorm."[2]) Die Rechtsordnung verlangt, daß der einzelne sich nach den ethischen Anschauungen richtet, die sie als richtig erkannt und zu staatlichen Geboten erhoben hat. Läßt sich der

---

[1]) Freudenthal, Schuld und Vorwurf, S. 15.

[2]) Vgl. von Liszt-Schmidt, 1927, S. 209. Den dortigen Ausführungen verdanke ich die hier dargestellte Auffassung des Schuldbegriffs.

einzelne wider Erwarten nicht von dem durch die Rechtsordnung gefällten Werturteil bei der Willensbildung bestimmen, so erheben wir den Schuldvorwurf. Daß die zur rechtswidrigen Tat drängenden Motive stärker waren als die an das von der Rechtsordnung über die Tat ausgesprochene Unwerturteil anknüpfenden Gegenmotive, das werfen wir dem Täter vor. Das ist der Inhalt des Schuldvorwurfs. Die Möglichkeit, daß die Rechtsnormen motivierende Kraft erhalten, ist bedingt durch die Fähigkeit des Täters, sich überhaupt zu sozialem Verhalten bestimmen zu lassen (Zurechnungsfähigkeit). Sie hängt weiter davon ab, daß es dem Täter möglich war, sich den tatbestandsmäßigen Erfolg seiner Handlung und die Eigenschaft dieses Erfolges als eines gemeinschaftsschädlichen zu erkennen. Denn nur wenn diese Bedingungen erfüllt sind, kann in dem Täter die Vorstellung der Pflichtwidrigkeit auftauchen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so wird gewöhnlich dem Täter aus seinem Verhalten ein Vorwurf zu machen sein, weil von ihm zu erwarten war, daß er sich hätte richtig, d. h. den Rechtsnormen entsprechend motivieren lassen können, weil ihm also ein Andershandeln zuzumuten war. Es kann aber trotzdem sein, daß die begleitenden Umstände der Tat den Handelnden seelisch so bedrücken, daß der Sieg der richtigen Motive im Wettstreit mit den zur Tat drängenden nicht erwartet werden kann. Trotz der Erfolgsvorstellung und trotz des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit kann dann dem Täter eine andere Willensbildung nicht zugemutet werden. Darin liegt das normative Schuldelement. Es wird zum Begriff der Fahrlässigkeit, wie bereits ausgeführt ist, stets gefordert. Es gehört aber überhaupt zum Wesen des Schuldbegriffs und muß deshalb, wenn man daran festhalten will, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuld-Arten sind, auch zum Vorsatz gefordert werden. Will man aber an dem ethisch farblosen Vorsatzbegriff festhalten, so kann man ihn nicht als Schuldform, sondern nur als das unterscheidende Merkmal der schwereren Schuldart auffassen. Jedenfalls darf eine Bestrafung niemals eintreten, wenn das normative Schuldelement fehlt.

Der so gefaßte Schuldbegriff gestattet die sinngemäße Erklärung der Straflosigkeit des Notstandes und der Notwehrüberschreitung.[1] In beiden Fällen stellt das Gesetz

[1] Damit ist weiter erst, wie von Liszt-Schmidt, S. 216, hervorhebt, die Möglichkeit gegeben, den Charakter des Täters im

eine unwiderlegliche Vermutung für das Fehlen des normativen Schuldelements und damit für die Unschuld des Täters auf.

2. Die praktische Anwendung der Sondernormen.

Die Vorschrift des § 53 Abs. 3 ist mit Recht als wenig glücklich getadelt worden. Sie ist zu eng, um alle Fälle zu umfassen, die einer gleichen Behandlung würdig sind. Sie ist andererseits zu weit insofern, als asthenische Affekte der Bestürzung, der Furcht oder des Schreckens in einer übertriebenen Ängstlichkeit des Täters ihren Grund haben können und deshalb die Straflosigkeit nicht herbeiführen sollten. Das war der Grund, weshalb wir in der Bestimmung des § 53 Abs. 3 nicht etwa einen Hinweis auf die in Wirklichkeit stets gegebene Schuldlosigkeit, sondern nur eine unwiderlegliche Vermutung für die Unschuld des Täters sehen konnten. Der Gesetzgeber ging zwar davon aus, daß die von ihm gewählten Ausdrücke Bestürzung, Furcht oder Schrecken eine umfassende Bedeutung hätten. Er war der Ansicht, damit alle möglichen Affekte zu beschreiben, die eine Straflosigkeit des Täters gerecht erscheinen lassen. Diese Auffassung war irrig. Die positiven oder asthenischen Gemütsbewegungen wie Kampfeseifer oder begründete Empörung über eine besonders gemeine Tat können unter die Ausdrücke „Bestürzung, Furcht oder Schrecken" nicht gebracht werden. Und doch verdienen sie in gleichem Maße Berücksichtigung wie die asthenischen Affekte, sofern sie nicht

---

Strafrecht gebührend zu berücksichtigen. Denn nun „drängt sich die Frage auf, warum der Motivationsprozeß in concreto fehlerhaft (ein nicht sein sollender) gewesen ist." Liegt der Grund hierfür nicht in der seelischen Bedrückung des Täters durch die äußere Lage, in der jeder so gehandelt haben würde, sondern in seinen charakterlichen Anlagen, so wird der Schuldvorwurf schwerer. Was der Gesetzgeber z. B. im Auge hatte, als er bei Gewinnsucht des Täters die Möglichkeit einer Erhöhung der normalen Geldstrafe gab, findet nun seine wissenschaftliche Erklärung. Das Gleiche gilt von den Bestimmungen über die Strafschärfung bei rückfälligen Verbrechern. Überhaupt wird mit dem Schuldbegriff, wie er hier verteidigt wurde, ein fester Boden für die Strafzumessung gewonnen. Bisher ist der Wissenschaft und der Praxis eine „Rationalisierung des Strafmaßes" nicht gelungen. Das ist nicht nur die Schuld des Gesetzes, sondern ein Unterlassen der Wissenschaft. (So Grünhut, Monatsschr. f. Krim.-Psych., 1927, S. 17.) Und auch mit dem weiten Strafrahmen des Entwurfs 1927 wird die Praxis nichts anfangen können, wenn nicht die Wissenschaft die zur Strafzumessung entscheidenden Punkte anders als bisher herausarbeitet.

auf Roheit oder Jähzorn zurückzuführen sind.[1]) Das gebietet unser Rechtsgefühl. Es entsteht damit für das geltende Recht die Frage, ob die Vorschrift des § 53 Abs. 3 einer extensiven Auslegung fähig ist. Lobe[2]) vertritt diese Ansicht. Er will offenbar an andersartige Gemütsbewegungen die gleiche Wirkung knüpfen, welche das Gesetz von der Gemütsbewegung der Bestürzung, der Furcht oder des Schreckens abhängig macht. D. h., wenn einmal festgestellt ist, daß der Täter in Kampfeseifer über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist, dann soll er straflos bleiben, auch wenn die Tat so schwer war, daß sie trotz der Gemütsbewegung des Täters nicht entschuldbar erscheint. Denn, wie bereits hervorgehoben, darf der Richter weitere Erwägungen über die Schuld des Täters dann nicht anstellen, wenn er festgestellt hat, daß der Exzedent in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Notwehr hinausgegangen ist. Er darf nicht weiter prüfen, ob der Täter trotz der Affekte die Tat hätte vermeiden können.[3]) Eine solche ausdehnende Auslegung ist aber unzulässig. Das ergibt sich einmal daraus, daß der Gesetzgeber, wie aus den Motiven mit voller Deutlichkeit hervorgeht, glaubte, mit den Ausdrücken Bestürzung, Furcht oder Schrecken eine erschöpfende Aufzählung der möglichen Affekte zu geben. Wissenschaft und Rechtsprechung sind nicht berufen, einen solchen Irrtum des Gesetzgebers zu korrigieren. Weiter folgt die Unhaltbarkeit der Ansicht Lobes daraus, daß die Vorschrift des § 53 Abs. 3 sich deutlich als eine Ausnahmevorschrift darstellt. Sie greift aus der Menge rechtswidriger Taten einen Sonderfall heraus und stellt eine praesumptio iuris et de jure für die Unschuld des Täters auf. Sie entscheidet also eine vom Richter nach allgemeinen Grundsätzen zu lösende Frage in einem ganz bestimmten Sinne. Derartige Ausnahmebestimmungen dürfen nicht ausdehnend ausgelegt werden.

Eine andere Frage ist es, ob nicht der Grundgedanke dieser Vorschrift, daß nämlich gewissen Affekten bei der Willensbildung des Täters ein entscheidender Einfluß zukommen kann, indem sie die richtige Motivation verhindern, entsprechende Anwendung auf andere Fälle verdient. Diese Frage muß, wenn die hier vertretene Auffassung vom

---

[1]) Vgl. ein Beispiel bei von Hippel, Dtsch. Strafr., I, S. 9, Anm. 3.

[2]) Lobe, Lpz. Kom., Anm. 10 zu § 53.

[3]) Vgl. unten S. 66.

Schuldbegriff richtig ist, bejaht werden. Genau so wie die im Gesetz erwähnten asthenischen Affekte kann etwa die begründete Entrüstung über eine Tat die richtige Willensbildung des Täters unmöglich machen. Ist das aber der Fall, so fehlt es an der Schuld. Es müssen also die allgemeinen Grundsätze der Schuldlehre in jedem solchen Falle herangezogen werden, es muß in concreto geprüft werden, ob von dem Exzedenten ein anderes Verhalten erfahrungsgemäß zu erwarten war, d. h. es wird die Frage sein, ob nicht auch jeder andere überlegte Mann im gleichen Falle sich von seiner Gemütsbewegung ebenso hätte hinreißen lassen wie der Täter.[1] Kommt der Richter zu einer Bejahung dieser Frage, so wird er den Exzedenten freisprechen müssen. Diese Auffassung dürfte zu gerechten Ergebnissen führen. Sie verhindert es, daß Jähzorn oder Wut straffrei bleiben, ebenso wie sie es ermöglicht, einen von starkem Rechtsgefühl beseelten Täter, an dessen Bestrafung der Rechtsordnung nichts gelegen sein kann, straffrei zu lassen.

Der in der kasuistischen Fassung liegende Mangel der Vorschrift ist um so fühlbarer, als nicht einmal die Ermächtigung der Strafmilderung in den Fällen des Notwehrexzesses dem Richter erteilt ist. „Das kann dazu führen, daß entweder zu Unrecht ein strafloser Notwehrexzeß angenommen oder gegen den Täter eine zu strenge Strafe verhängt wird.“[2]

Sämtliche Entwürfe, bis auf den neuesten von 1927 haben die kusuistische Fassung des geltenden Rechts vermieden. Sie setzten anstatt der engen Ausdrücke Bestürzung, Furcht oder Schrecken die weiteren Begriffe Aufregung oder Bestürzung. Darunter fallen auch die asthenischen Affekte.

Diese weite Fassung bedurfte freilich wieder einer Einschränkung. Unter dem Begriff Aufregung könnte z. B. auch blinde Wut oder niedere Rache, also Gemütsbewegungen, die gewiß durchaus strafwürdige Taten hervorrufen können, gebracht werden. Die Entwürfe verlangten deshalb, daß die Notwehrüberschreitung in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung geschehen ist. Aber auch in dieser Fassung ist nicht mit Unrecht eine „Privilegierung der mangelnden Selbstbeherrschung“ gesehen worden. Kantorowicz[3]) hat darauf hingewiesen, daß, wenn die Fassung des Vor-

---

[1]) Vgl. dazu von Liszt, 1927, S. 267.
[2]) Begründung zum Vorentwurf, S. 243.
[3]) Kantorowicz, Monatsschr. f. Krim.-Psych., S. 295.

entwurfs Gesetz würde, jemand straflos wäre, der eine Schimpfrede durch Messerstiche zum Aufhören brächte. Max Ernst Mayer hat sich dieser Kritik angeschlossen. Er betont mit Recht, daß es nicht darauf ankommt, ob die Aufregung oder Bestürzung entschuldbar sei, sondern darauf, ob durch diese Affekte die begangene Rechtsgüterverletzung entschuldigt wird. Diese Frage kann ohne Berücksichtigung der Schwere der Tat nicht entschieden werden. Aber auch diesen Mangel der früheren Entwürfe hatte schon der amtliche Entwurf von 1925 beseitigt. Danach sollte der Täter straflos bleiben, wenn die Notwehrüberschreitung wegen Aufregung oder Bestürzung entschuldbar war. Es wäre also in erster Linie zu prüfen, ob die Aufregung oder Bestürzung nach allgemeiner Auffassung begründet war. Bloß in diesem Falle muß der Vorwurf schuldhaften Handelns verstummen, weil dem Täter ein anderes Verhalten nicht zugemutet werden kann. Es war die Möglichkeit gegeben, eine aus Furcht begangene Tat dann zu bestrafen, wenn dieser Affekt nach der Ansicht eines überlegten Mannes völlig unbegründet und auf Feigheit zurückzuführen war.[1]) Ebenso war verhindert, daß dem Jähzorn oder anderen derartigen Motiven eine strafbefreiende Wirkung beigemessen werden konnte. Denn derartige Gemütsbewegungen sind nie geeignet, auch die geringste Rechtsgüterverletzung zu entschuldigen. Schließlich gebot die Vorschrift, die Schwere der Tat mit der Stärke des Affekts in Beziehung zu bringen. Denn es heißt ausdrücklich in der Begründung zum amtlichen Entwurf 1925, der Entwurf lasse den Grundgedanken der Vorschrift klarer hervortreten, indem er verlange, daß gerade wegen der Aufregung oder Bestürzung dem Täter aus der Notwehrüberschreitung kein Vorwurf gemacht werden könne. Ein Vorwurf ist aber sehr wohl dann am Platze, wenn der Angriff in dem Notwehr übenden normalerweise nur eine leichte Gemütsbewegung hervorrufen konnte und die Vorstellung der Folgen der Verteidigung trotz des Affekts in dem Täter hätte Gegenmotive auslösen sollen.[2])

---

[1]) Vgl. die Ausführungen von Endemann, aaO., S. 15. Was dort vom Notstande gesagt ist, muß auch von der Notwehrüberschreitung gelten; denn beide sind ja gesetzliche Vermutungen für die Unschuld des Täters.

[2]) Ein interessanter Versuch, diesem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen, ist im russischen Strafgesetzentwurf von 1903 gemacht. Danach wird der Notwehrexzeß nur in den gesetzlich besonders be-

Der Entwurf von 1925 beugt also in genügendem Maße der Befürchtung vor, daß die Vorschrift über den Notwehrexzeß ein Privileg für Feigheit oder Roheit werden kann, daß etwa der straffrei bleibt, „der Schimpfreden durch Dolchstiche zum Aufhören bringt."[1]) Trotzdem hat der Entwurf von 1927 die Ausdrücke „Bestürzung, Furcht oder Schrecken" wieder aufgenommen. Die Begründung zum Entwurf läßt eine Erklärung dieses Rückschritts zum geltenden Recht vermissen. Sie dürfte auch schwerlich zu geben sein, zumal durch die wesentliche Einschränkung des Notwehrrechts die Fälle eines Exzesses in begründeter Empörung viel häufiger werden können, als sie es bisher waren. Ein Fortschritt ist nur darin zu erblicken, daß auch der Entwurf verlangt, daß die Tat wegen Bestürzung usw. entschuldbar sei. Es wird also möglich sein, Fälle, in denen Bestürzung auf Feigheit zurückzuführen ist, doch zu strafen. Der Entwurf 1927 verbietet auch genau so wenig wie das geltende Recht, die aus der Schuldlehre gewonnenen allgemeinen Erkenntnisse in diesem Falle anzuwenden, d. h. ebenso wie im geltenden Recht können andere Affekte als Bestürzung, Furcht oder Schrecken dann Bedeutung haben, wenn sie die vom Täter erwartete richtige Willensbildung verhindert haben, d. h. also, wenn das normative Schuldelement fehlt. Es ist freilich bedauerlich, daß, wenn der Entwurf von 1927 in dieser Fassung Gesetz wird, die positivrechtliche Regelung des Notwehrexzesses wiederum ein Torso bleibt.

---

zeichneten Fällen bestraft. Als Begründung ist dafür angegeben worden, daß es kaum sachgemäß erscheint, jeden geringfügigen, dem rechtswidrigen Angreifer bei der Notwehrüberschreitung zugefügten Schaden strafrechtlich zu ahnden. Die besonderen Umstände, in denen der Abwehrende sich befand, gestatten weder dem Gesetzgeber noch dem Richter, den Notwehr Übenden jedem anderen Rechtsbrecher gleichzustellen. Im besonderen Teil des StGB. ist nun mit Festungshaft bis zu einem Jahr oder mit Gefängnis eine im Notwehrexzeß erfolgte Tötung bedroht, sofern sie nicht zur Verteidigung gegen einen Angriff auf das Leben oder gegen Notzucht verübt war. Unter gleichen Voraussetzungen wird eine schwere oder sehr schwere Körperverletzung im Notwehrexzeß mit Haftstrafe bedroht. Deutlich liegt dieser Bestimmung der Gedanke zugrunde, die Vorstellung der schweren Bluttat habe den Täter zurückhalten müssen, obgleich er in einem Zustande der Gemütsbewegung gehandelt habe. Nur in ganz besonders schweren Fällen, so bei Angriffen auf das Leben oder die geschlechtliche Ehre, wird normalerweise der Angegriffene bezw. der Nothelfer in einen so starken Affekt versetzt werden, daß ihm ein Andershandeln nicht zuzumuten ist. (Vgl. Gretener, G.S., 67, 53–57.)

[1]) Kantorowicz, aaO., S. 295.

Zu begrüßen ist es dagegen, daß der Entwurf von 1927 ebenso wie seine Vorgänger in jedem Falle der Notwehrüberschreitung eine Strafmilderung zuläßt. Diese Regel ist zwar von Kitzinger[1]) beanstandet worden. Eine Notwehrüberschreitung, die nicht durch besondere Umstände entschuldbar sei, verdiene keine besondere Strafmilderung. Wer die Grenzen der Notwehr überschreitet, begebe sich ebenso auf den Boden des Unrechts wie der, dem von Anfang an kein Recht zur Seite gestanden habe. Auch werde die Überschreitung anderer Rechte, z. B. der Amtsbefugnis, des Züchtigungsrechts oder der Selbsthilfe nicht in gleicher Weise privilegiert. Es sei in Anbetracht des allgemeinen Strafmilderungsrechts die Sondernorm über den Exzeß der Notwehr überhaupt entbehrlich. Wolle man aber, an der Tradition festhaltend, doch eine Sonderbestimmung schaffen, so könne man den Richter ermächtigen, bei Aufregung oder Bestürzung, aber nur dann, die Strafe zu mildern oder ganz von ihr abzusehen. Eine andere Regelung verstoße gegen die Gerechtigkeit, da sie gleiche Tatbestände ungleich behandele. Im übrigen sei der Begriff „entschuldbar" nicht festzulegen, die Vorschrift also auch technisch mangelhaft.

Die Ansicht Kitzingers ist jedoch unrichtig. Es ist beim Notwehrexzeß stets zu berücksichtigen, daß sich der Verteidiger einem angreifenden Rechtsbrecher gegenübersieht. Fast regelmäßig wird er in einen Zustand der Erregung versetzt sein, so daß es sehr wohl am Platze zu sein scheint, wenn sich das Gesetz nicht damit begnügt, durch die Vorschriften über die allgemeine richterliche Strafmilderungsbefugnis die Möglichkeit einer gerechten Lösung zu geben, sondern wenn es durch eine Sonderbestimmung den Richter ausdrücklich darauf hinweist, daß der Fall der Notwehrüberschreitung eine besondere Beurteilung erheischt. Es ist nicht bloß die Aufgabe des Gesetzes, gerechte Entscheidungen zu ermöglichen, sondern dem Richter Direktiven zu solchen Entscheidungen zu geben. Ganz besonders ist eine solche Sonderbestimmung über den Notwehrexzeß dann wichtig, wenn von dem Täter nicht bloß die Einhaltung des der Energie des Angriffs entsprechenden Maßes bei der Verteidigung, sondern darüber hinaus das Abwägen der beider-

---

[1]) Kitzinger, Randbemerkungen zum Vorentwurf in ZStW. 31, 223 und „Gerechtigkeit und Technik im Entw. zum StGB." in ZStW., 47, 547; ebenso dem Sinne nach Traeger, G.S., 92, S. 307 und Heimberger, Reform, 1926, S. 79.

seitigen Interessen verlangt wird.[1]) Das ist eine Aufgabe, die für den Angegriffenen vielfach unerfüllbar ist. In diesem Zusammenhang ist die bereits oben zitierte Bemerkung von Schwartz[2]) berechtigt, es bestehe die Gefahr, daß der Richter von seiner gesicherten Stellung aus der gefährdeten Situation des Angegriffenen nicht gerecht wird. Es ist also durchaus kein innerlich unbegründetes bloßes Festhalten an einer Tradition, wenn der Fall des Notwehrexzesses besonders geregelt ist. Es ist aber weiter unrichtig, daß durch die vorgeschlagene Sonderregelung ein gleicher Sachverhalt verschieden behandelt wird. Zwischen dem, der die Grenzen der Notwehr überschreitet, und dem, der sich von Anfang an auf den Boden des Unrechts begibt, besteht in Wahrheit ein erheblicher Unterschied. Schon die Tatsache, daß nicht bloß das StGB. von 1871, sondern auch seine Vorläufer eine Sondernorm über den Notwehrexzeß enthielten, deutet darauf hin, daß das Rechtsgefühl einer solchen Gleichstellung widerspricht.[3]) Dieser Widerspruch ist begründet. Sehr mit Recht weist von Liszt-Schmidt[4]) darauf hin, daß der seelische Kern des Schuldbegriffs in dem Schluß von „der symptomatischen Bedeutung der schuldhaften Handlung auf die Eigenart des Täters", auf seine asoziale Gesinnung, liegt. Die Schwere des Schuldvorwurfs wird durch die aus der konkreten Tat erkennbare Gesinnung des Täters beeinflußt. Nun wird aber unzweifelhaft der Notwehr-übende, der etwa mit voller überlegung wertvollere Interessen des Rechtsbrechers verletzt, als durch den Angriff bedroht sind, oder der den Verbrecher züchtigt, nachdem der Angriff beendigt ist, weil er den Rechtsbruch sühnen will, nicht einem gemeinen Verbrecher gleichzusetzen sein. In einem derartigen Fall kann die Tat in einem ausgeprägten, leicht verletzlichen Rechtsgefühl ihren Grund haben. Dann ist sie gewiß kein Symptom einer gefährlichen, asozialen Gesinnung und verdient infolgedessen nicht die volle Strafe.[5]) Sie wird

---

[1]) Vgl. Begründung zum E. 1925 S. 20 und E. 27, S. 22.

[2]) Schwartz, aaO., § 53, Anm. 3 a.

[3]) Vgl. Heberlein, aaO., Einleitende Ausführungen.

[4]) von Liszt-Schmidt, 1927, S. 216/17.

[5]) Vergl. auch Köhler, S. 358, „de lege ferenda sind nur geringfügige Vergeltungshandlungen nach einem rechtswidrigen Angriff als fakultativer Gegenwert gegen diesen Angriff berücksichtigenswert. Man kann hier die Straffreiheit dem Gericht überlassen. Zur Straffreiheit ermächtigt der Entwurf jedoch nicht." Vgl. im übrigen hierzu Mittermaier, Monatsschr., 1926, S. 339 ff.

häufig die einzig wirksame Sühne eines dreisten Angriffs sein. Es wäre verfehlt, wollte die Rechtsordnung den von hoher Rechtlichkeit und nicht von asozialer Gesinnung bestimmten Täter wie einen anderen Verbrecher behandeln. In Wahrheit bahnt die vorgeschlagene Regelung also nicht Entscheidungen an, die gleiches ungleich, sondern die Verschiedenes verschieden behandeln. Der Gerechtigkeit wird daher volle Genüge getan.

Die Wahl des Wortes entschuldbar ist ebenfalls nicht mit Grund zu beanstanden. Die Frage, ob eine Tat rechtswidrig und schuldhaft, oder zwar rechtswidrig, aber entschuldbar ist, taucht bei jedem Verbrechen auf. Sie ist im Falle des Notwehrexzesses nach denselben Grundsätzen zu entscheiden wie sonst, nämlich danach, ob von dem Täter ein anderes Handeln erwartet werden konnte, wobei allerdings das Gesetz darauf aufmerksam macht, daß beim Notwehrexzeß infolge der Bestürzung diese Schuldfrage häufig zu verneinen ist. Der Gesetzgeber hat gewiß das Recht, sich des kurzen und prägnanten Wortes entschuldbar zu bedienen, um damit auf diese allgemeinen Grundsätze Bezug zu nehmen.

Für das geltende Recht ist nun die Streitfrage entstanden, ob der § 53 Abs. 3 nur den fahrlässigen, oder auch den bewußten Notwehrexzeß betrifft. Von einem bewußten Exzeß wird dann gesprochen, wenn der Täter wußte, daß er die Grenzen der Notwehr überschreitet. Unter einer fahrlässigen Notwehrüberschreitung werden zwei Gruppen von Erscheinungen zusammengefaßt: Fahrlässig überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr, wenn er in unentschuldbarem Irrtum die Energie des Angriffs überschätzt, oder wenn er bei richtig geschätztem Angriff die Wirkung seiner Verteidigungsmaßnahmen unterschätzt.[1]) Eine Tat der letzteren Art liegt nach Ansicht Bindings dann vor, wenn der Angegriffene sich mit einem Stockschlag auf den Arm des Gegners wehren will, im Schrecken aber den Kopf trifft und den Angreifer durch den Schlag tötet. Binding[2]) nimmt an, daß die Vorschrift des § 53 Abs. 3 nur den fahrlässigen Exzeß betreffe. Im Gesetz findet jedoch diese Ansicht keine Stütze. Es ist bereits hervorgehoben worden, daß die klare Fassung des § 53 Abs. 3 eine solche Unterscheidung nicht zuläßt. Es ist mit keinem Wort davon die Rede, daß die genannten

[1]) Binding, Handb., S. 753.
[2]) Binding, Handb., S. 752; Köhler, S. 352.

Affekte nur dann die strafbefreiende Wirkung haben, wenn der Täter ihretwegen sich über irgend welche Tatsachen, sei es die Energie des Angriffs oder die Heftigkeit seiner eigenen Abwehr, geirrt hat.

Nach der hier vertretenen Auffassung vom Schuldbegriff ist die Antwort auf die Frage, ob nur der fahrlässige, oder auch der vorsätzliche Exzeß bei Bestürzung, Furcht oder Schrecken straflos bleibt, leicht zu geben. Die Vorschrift des § 53 Abs. 3 ist eine unwiderlegliche Vermutung für das Fehlen des normativen Schuldelements. Dieses Element gehört zur schweren ebenso wie zur leichteren Schuldart. Weder bei bewußtem noch bei fahrlässigem Exzeß kann deshalb die Überschreitung strafbar sein. Die gleiche Ansicht teilt auch das Reichsgericht in der Entscheidung im 56. Bande, S. 33. Dort wird ausgesprochen, daß eine Unterscheidung von bewußtem und fahrlässigem Exzeß unzulässig ist, wenn feststeht, daß der Täter aus Furcht gehandelt hat. Es sei auch beim Vorliegen eines solchen Affektes nicht angängig, zu untersuchen, ob der Täter noch fähig war, zu erwägen, welche Maßnahmen zur Abwehr erforderlich sind und welche darüber hinausgehen. Diese klaren Ausführungen des Reichsgerichts bedeuten im Grunde nichts anderes als die Anerkennung des Satzes, daß in den Fällen des § 53 Abs. 3 stets der Mangel des normativen Schuldelements unwiderleglich vermutet wird.

Weiter ist, wenn die grundsätzliche Auffassung vom Wesen der Vorschrift des § 53 Abs. 3 zutrifft, die Frage gelöst, ob Furcht, Bestürzung oder Schrecken die einzigen Beweggründe des Täters gewesen sein müssen, damit er straffrei bleibt. Sobald feststeht, daß der Täter auch in Furcht, Bestürzung oder Schrecken gehandelt hat, sind die Voraussetzungen, an die das Gesetz die unwiderlegliche Vermutung der Schuldlosigkeit anknüpft, erfüllt. Es darf nicht weiter geprüft werden, ob der Täter noch andere Zwecke verfolgte. Diese Lösung ist praktisch die einzig mögliche. Denn es dürfte über die Grenzen des menschlichen Erkennens hinausgehen, einwandfrei festzustellen, ob der Angegriffene sich in der gefahrvollen Lage, die durch den rechtswidrigen Angriff begründet ist, noch von andern Beweggründen hat leiten lassen.

3. Nochmals die Frage der nachzeitigen Gewalt.

Die hier versuchte richtige dogmatische Einordnung der Sondernormen des § 53 Abs. 3 und der entsprechenden Vor-

schriften in den Strafgesetzentwürfen ergibt auch die Richtigkeit der Ansicht, daß zum Notwehrexzeß nicht bloß die intensive, sondern auch die extensive Überschreitung der Notwehr zu rechnen ist. Bestürzung, Furcht oder Schrecken können genau so eine Überschreitung der Verteidigung der Zeit wie dem Maße nach entschuldigen. Es ist innerlich unbegründet, die im § 53 Abs. 3 aufgestellte Vermutung für die Unschuld des Täters auf die Fälle zu beschränken, wo er nicht das rechte Mittel zur Verteidigung gewählt hat. Man kann dagegen auch nicht einwenden, daß beim intensiven Exzeß häufig Bestürzung und beim extensiven häufig Rache das Motiv der Tat gewesen sein wird. Denn damit ist doch noch nicht die Ansicht begründet, daß der Täter, wenn er einmal aus Furcht, etwa vor einer Wiederholung des augenblicklich abgeschlagenen Angriffs, auf den Angreifer weiter eindringt, anders beurteilt werden soll als derjenige, der sofort aus Furcht allzuheftige Abwehrmaßnahmen ergriffen hat. Ganz deutlich ergibt sich die Fehlerhaftigkeit der hier abgelehnten Ansicht aus einer Gegenüberstellung der im 56. Bande, S. 33 ff., und der im 54. Bande, S. 36, abgedruckten Entscheidungen des Reichsgerichts. In dem ersten Falle hatte der Pächter einer Kirschenallee auf Diebe einen Schreckschuß abgegeben, durch den ein Dieb getötet worden war. Er hatte die begründete Furcht, selbst getötet zu werden, wenn er den Dieben nicht zuvorkomme. Das Reichsgericht hat mit zutreffender Begründung das den Pächter wegen fahrlässiger Tötung verurteilende Erkenntnis aufgehoben. Es führt aus, es sei in den Fällen der Bestürzung oder der Furcht nicht angängig, zu unterscheiden, ob der in Notwehr Handelnde noch fähig sei, zu erwägen, welche Maßnahmen zur Abwehr erforderlich sind und welche darüber hinausgehen. Dabei stand fest, daß es nicht erforderlich war, einen Schuß in der Richtung auf die Diebe abzugeben. Der zweite Fall ist bereits oben mitgeteilt.[1]) Hier hatte der Täter unüberlegt länger geschossen, als zu seiner Verteidigung erforderlich war. In diesem Falle unterläßt es das Reichsgericht zu prüfen, ob er etwa in Bestürzung, Furcht oder Schrecken gehandelt hat; und doch liegt das sehr nahe. Es ist in der Tat nicht einzusehen, worin sich dieser zweite Fall von dem ersten so tiefgehend unterscheidet, daß eine derartig verschiedene Beurteilung am Platze ist. Psychologisch können beide Fälle völlig gleich gelegen sein. Dann heißt es, den

---

[1]) Vgl. oben S. 35 f.

gleichen Sachverhalt verschieden beurteilen, wenn man im einen Falle die Vorschrift des § 53 Abs. 3 anwendet, im anderen nicht. Die Gerechtigkeit gebietet aber, den gleichen Sachverhalt nach den gleichen Normen zu beurteilen.

Lebenslauf.

Am 9. Dezember 1903 wurde ich als Sohn des Pastors Gustav Scholz und seiner Ehefrau Katharina, geb. Günzel, in Kunitz, Kreis Liegnitz, geboren. Ich bin evangelisch und besitze die preußische Staatsangehörigkeit.

Von Ostern 1913 an besuchte ich das städtische Gymnasium zu Liegnitz, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Von da ab studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen und Breslau. Am 22. und 23. Januar 1926 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, am 22. Februar 1926 das mündliche Doktorexamen. Seit dem 1. Juni 1926 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst und bin gegenwärtig in Breslau als Referendar beschäftigt.